Lehrbuch

der

Pandekten.

Dritter Band.

Lehrbuch

der

Pandekten.

Von

Dr. Karl Adolph von Vangerow,
Großherzoglich Badischem Geheimenrath und ordentlichem Professor des Rechts
zu Heidelberg, Kommandeur erster Klasse des Ordens vom Zähringer Löwen.

Dritter Band.

Der sechsten vermehrten und verbesserten Auflage
zweiter Abdruck.

Marburg und Leipzig.
N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1863.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten Anmerkungen hin.)

Fünftes Buch. Das Recht der Forderungen.

Erstes Kapitel. Von der rechtlichen Natur der Obligationen. (S. 4—256).

Fünftes Kapitel. Von einzelnen Obligationen aus Delikten und deliktsähnlichen Gründen. (S. 540—662).

Fünftes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Fünftes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Bucher, das Recht der Forderungen. Leipzig 1815, 2. Aufl. 1830. — Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preuß. Rechte. 3 Bde. Breslau 1836. 1840. 1843. — Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen; nach des Verf. Tode herausgegeben von Huschke. 2 Bde. Leipz. 1840. — v. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Röm. Rechts; bis jetzt 2 Bde. Berl. 1851. 1853. — *Molitor*, les obligations en droit Romain; III. voll. Gand. 1851—1853. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 402 fgg.

Erstes Kapitel.

Von der rechtlichen Natur der Obligationen.

Inst. III. 13. [14.] de obligationibus; Dig. XLIV. 7, Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus.

I. Begriff von obligatio. §. 566.

Savigny I. S. 4 fgg., Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 3 fgg.

1) *Paul.* l. 3. de O. et A.: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (Wunderbar mißverstanden ist diese Stelle von Rubo über Theilbark. und Untheilbark. der Oblig. S. 20).

2) Pr. J. de oblig.: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Anm. Ueber das Wort obligatio vgl. Hugo in sein. Magaz. III. 20, Riedel das. V. 3, Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 2 fgg., Koch I. S. 9 fgg. S. auch Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. I. Nr. 2. S. 26 fgg., 2. Aufl. S. 143 fgg.

II. Hauptarten der obligatio. §. 567.

1) *Julian.* l. 16. §. 4. de fidej. (46, 1): Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. — Wenn Manche in der ersten Hälfte dieser Stelle (welche wörtlich in l. 10. de O. et A. von Paulus oder wohl richtiger von Ulpian wiederholt ist) vor *competit* ein *non* einschieben, z. B. *Gothofr.* ad h. l. und *Hotom.* obs. III. 2, so ist dies freilich ganz unerklärlich, und mit Recht von den Meisten verworfen, vgl. z. B. *Jauch*, de negat. Pand. c. 14. n. 19, Glück, Komm. I. S. 189. Not. 44, Weber, nat. Verb. §. 51. Not. 2. (2. Aufl. S. 165.), *Lelievre*, quid est nat. obl. p. 39 sqq., und eben so wenig scheint mir die von den Meisten und auch jetzt wieder von Savigny I. S. 40 fg. angenommene Auslegung richtig, daß der Jurist hier jede aus dem jus gentium hervorgegangene Obligation als naturalis obligatio bezeichne, und darum mit Recht sage, daß auch aus einer naturalis oblig. eine Klage hervorgehen könne. Vielmehr redet Julian, wie aus dem Zusammenhange der Stelle hervorgeht, gewiß nur von der eigentlichen natur. oblig., und sein Gedanke ist der: eine solche nat. obl. habe nicht blos insofern praktische Bedeutung, als sie die Grundlage von Klagerechten für den Gläubiger sein könne (wenn nämlich Bürgschaft, Pfandrecht, Konstitutum oder Novation hinzugekommen sind), sondern auch insofern, daß dabei keine Rückforderung des Gezahlten Statt finde; vgl. auch Unterholzner I. S. 12. a. E.

2) *Paul.* l. 85. de V. O. (45, 1): In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse. Nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum praestare potest; aliud quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum non potest; aliud, quod solidum petendum est, licet in solutione admittat partis executionem. [Die Lesart der Florent.: »licet in solutionem admittat secutionem« ist offenbar sinnlos; über die hier ange=

genommene s. die Nachweisungen bei Ribbentrop, Correaloblig. S. 186. Not. 7.) §. 1. Prima species pertinet ad promissorem pecuniae certae; nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat. §. 2. Secunda ad opus, quod testator fieri jusserit; nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. §. 3. Quodsi stipulatus fuero: *per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam; si adversus ea factum sit, tantum dari?* et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor; sed ceteri familiae herciscundae judicio sarcient damnum. §. 4. Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti quum stipulatus sum hominem incertum; nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidus non potest; alioquin in diversis hominibus recte partes solventur; quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. Idem juris est, et si quis decem millia aut hominem promiserit. §. 5. In solidum vero agi oportet, et partis solutio affert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus; nam auctoris heredes in solidum denunciandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur. §. 6. Item si ita stipulatio facta sit: *si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* nisi totus detur, poena committitur centum, nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

Anm. 1. Ueber *naturalis* oblig. vgl. Weber, system. Entw. der Lehre v. d. natürl. Verb. Schwerin 1784. 5. Aufl. 1811. (wo auch in §. 41. die ältere, ziemlich unbedeutende Literatur angeführt ist), Reinhard, die Lehre des röm. R. v. d. Verb. im Allg. u. v. d. natürl. Verb. insbes. Stuttg. 1827, *Lelievre*, resp. ad quaest. quid est nat. obl. ex sent. Romanor. Lovan. 1827. Francke, zivil. Abh. S. 66 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. I. S. 123 fgg., V. S. 275 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen I. S. 339 fgg., Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 57 fgg., K. Sell in sein. Jahrb. I. S. 116 fgg., *v. d. Pfordten* de obligationis

civilis in naturalem transitu. Lips. 1843, Christiansen zur Lehre von der natur. oblig. Kiel 1844, Renaud im ziv. Arch. XXIX. S. 432 fgg., Erxleben die condictio indebiti S. 118 fgg., Holtius Abhandll. Nr. 1, *Molitor* I. p. 35 sqq., Savigny I. S. 22 fgg., Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 12 fgg. — Vgl. auch noch Bucher S. 8 fgg., Koch I. S. 16 fgg., Unterholzner I. S. 11 fgg., Heimbach a. a. O. S. 459 fgg., Puchta Kurs. d. Institut. Bd. III. §. 268, Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 6 fgg., Götting in Richter's krit. Jahrbb. Bd. XXIII. S. 481 fgg., Flach Entscheid. III. S. 58 fgg. Not., *Schultze* de natur. obligat. pupillor. Gryph. 1853. p. 9 sqq.

Anm. 2. Ueber theilbare und untheilbare Obligationen vgl. *Baro*, de divid. et individ. oblig. Lugd. 1542, *Chesius*, interpr. jur. lib. I. c. 50. (in Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom II. p. 267 sqq), *de Retes*, de divid. et indiv. oblig. (in Meerm. thes. tom. VII. p. 600 sqq.), *Sc. Gentilis*, de divid. et indiv. oblig. (in opp. tom. I. p. 89 sqq.), Rubo, Vers. einer Erklärung der Fragm. 2. 3. 4. 85. de V. O. Berl. 1822, *Bakker*, de oblig. divid. et individ, Lugd. Bat. 1822, Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealobligat. S. 178 fgg., *de Scheurl*, comm. de divid. et indiv. oblig. Erl. 1835, Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. III. S. 81 fgg., Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 171 fgg., *Molitor* I. p. 304 sqq., Savigny I. S. 303 fgg., Brinz krit. Blätter Nr. 4. S. 45 fgg. Außerdem gehören auch die Kommentatoren der hier einschlagenden Hauptstellen, nämlich der l. 2. 3. 4. 72. und 85. de V. O. hierher, und zwar sind unter ihnen auszuzeichnen: *Duaren.* (in opp. Frcf. 1598. p. 723 sqq., 752 sqq., 762 sqq.), *Cujac* (in opp. tom. I. p. 1155 sqq, 1211, 1222 sqq.), *Donell.* (in opp. tom. XI. p. 443 sqq., p. 1199 sqq., 1354 sqq.), *Giphan.* (in lect. Altorf. p. 705 sqq., 879 sqq., 917 sqq.). Vgl. auch Bucher S. 126 fgg., Unterholzner I. S. 213 fgg., Heimbach a. a. O. S. 427 fgg., Sintenis II. S. 40 fgg.

Die Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare hat nicht etwa die Bedeutung, daß im erstren Falle dem Gläubiger Stückzahlung aufgedrungen werden dürfte, im andern nicht; denn es gilt die allgemeine Regel, daß stets das Ganze auf einmal geleistet werden muß, und es ist also in dieser Rücksicht z. B. der Fall, wenn der A. an den B. 100 zu zahlen hat, nicht anders zu entscheiden, als wenn er ihm eine Servitut zu bestellen verpflichtet wäre, (s. §. 583). Sondern die wahre Bedeutung jener Eintheilung ist die, daß, wenn die Obligation theilbar ist, ein theilweises Erlöschen derselben möglich ist, und daß, im Falle mehrere Schuldner oder Gläubiger zusammentreffen (sei es, daß dieselben schon gleich

von Anfang an da sind, oder daß der ursprüngliche Schuldner oder Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, welcher letztre Fall offenbar der häufigst vorkommende ist, und darum auch fast ausschließlich den Erörterungen der römischen Juristen zu Grunde liegt), dieselben nur pro rata haften, und ihnen nur pro rata geleistet wird, während in den Fällen der untheilbaren Obligation sich dieß anders verhält. Doch müssen freilich zu genauerer Einsicht die einzelnen Fälle der untheilbaren Obligation scharf unterschieden werden, indem dieselben keineswegs ganz gleich zu behandeln sind.

I. Wegen der Qualität des geschuldeten Gegenstandes sind untheilbar:

1) Forderungen, welche auf Konstituirung eines untheilbaren Rechts gerichtet sind, also namentlich auf Errichtung einer Realservitut oder einer untheilbaren Personalservitut. Die Folgen dieser Untheilbarkeit sind schon an einem andren Orte näher entwickelt worden (§. 340. Anm. 2, Bd. I. S. 810 fgg.), und hier ist nur noch die freilich wichtige Bemerkung nachzutragen, daß doch ein großer Unterschied zu machen ist, je nachdem mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner vorhanden sind. Sind nämlich mehrere Gläubiger oder mehrere Erben eines Gläubigers da, so ist zwar insofern eine solidarische Berechtigung derselben begründet, daß einem jeden ein Klagerecht auf Konstituirung der ganzen Servitut zusteht, und der Schuldner Keinem der Gläubiger gegenüber klagfrei wird, als bis er die schuldige Servitut ganz und vollständig konstituirt hat; aber der endliche Effekt der Klage des einzelnen Gläubigers ist doch nur der, daß der Schuldner verurtheilt wird, dem Kläger dessen besonderes Interesse zu vergüten, so daß also nur eine condemnatio pecuniaria *pro parte* erfolgt, l. 25. §. 9. fam. herc. (10, 2):

„Sed verius est, — — omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, *pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet*".

Vgl. l. 4. §. 3. si servitus vindicetur (8, 5), wo zwar nicht unmittelbar von unsrem Falle die Rede ist, aber der ganz analoge Fall, wenn Einer von mehreren Miteigenthümern des herrschenden Grundstücks die actio confessoria anstellt, so entschieden wird:

„Unicuique in solidum competit actio, sed in aestimationem id quod interest, veniet, *scilicet quod ejus interest, qui experietur*".

Wenn manche römische Juristen dann, wenn der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstarb, die ganze Obligation als erloschen ansehen wollten, weil es unmöglich sei, daß Einem der

Erben allein die Servitut bestellt werde, so wurde diese Meinung mit Recht verworfen, „quia non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis“, l. 2. §. 2. de V. O. — Ganz anders aber verhält es sich, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Erben eines Schuldners vorhanden sind. Da hier wirklich jeder Einzelne die ganze Servitut schuldet, eben weil die Servitut untheilbar ist, und da auch das Interesse des Gläubigers die ganze Servitut umfaßt, so erklärt es sich leicht, daß nicht nur gegen jeden Einzelnen in solidum geklagt werden kann, und zwar, wenn etwa auch nur einer die Mitwirkung weigert, nicht blos gerade gegen diesen, sondern auch gegen jeden Andren, sondern daß auch der Angegriffene auf das gesammte Interesse verurtheilt werden muß. Dieß geht mit Evidenz aus l. 25. §. 10. fam. herc. hervor, wonach in solchem Falle bei dem judic. fam. herc. Kautionen gestellt werden müssen, „ut si quis ex heredibus conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur“, was offenbar nur unter der Voraussetzung Sinn hat, daß der einzelne Verklagte nicht blos pro parte hereditaria, sondern in solidum auf das Interesse verurtheilt wird; vgl. auch l. 2. §. 2. de V. O. und arg. l. 4. §. 4. si serv. vindic. (8, 5). Da, wie vorher angedeutet wurde, gute innere Gründe für diesen Satz sprechen, so muß die Meinung von Ribbentrop S. 233, daß sich derselbe „lediglich“ aus der Fassung der Formel erkläre, woraus jetzt Brinz a. a. O. S. 52. noch die weitere Folgerung zieht, daß derselbe h. z. T. nicht mehr gelte, gewiß verworfen werden.

2) Untheilbar sind auch der Regel nach die Forderungen, die auf ein *facere* (im Gegensatz von *dare* und *non facere*) gerichtet sind, denn facta sind der Regel nach untheilbar, l. 2. §. 5, l. 72. pr. de V. O.: Item puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta *fundum tradi* vel *fossam fodiri* vel *insulam fabricari* vel *operas* vel quid his simile, horum enim divisio corrumpit stipulationem, und namentlich gehört dahin die Errichtung eines opus, l. 85. §. 2. de V. O. („quia operis effectus in partes scindi non potest“), l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2) [„Sed et si opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit; quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur“], l. 11. §. 23. de legat. III. Doch leidet dies dann eine Ausnahme, wenn die facta nur ein theilbares Recht zu verwirklichen bestimmt sind, denn in diesem Falle müssen sie selbst, und die auf sie gerichtete Obligation als theilbar angesehen werden, und so ist z. B. die obligatio zur

Vornahme einer liberatio, zur Beibringung einer ratihabitio und dgl. allerdings eine theilbare, l. 4. §. 1. de V. O; vgl. *Baro* cit. p. 71. („omnia facta, quae nuda sunt, divisionem refugiunt; quae juris dividui effectum habent, sunt dividua"); *Ches.* cit. n. 116 sqq.; *de Scheurl* cit. p. 51 sqq. (Ueber die stipulatio: *fundum tradi* s. Savigny I. S. 335 fgg). Die von den meisten Aeltern auf die Auktorität des Bartolus aufgestellte Regel, daß diejenigen facta theilbar seien, „quae, si pro parte compleantur, tantam afferant utilitatem respectu partis, quantam afferat totum, si compleatur, respectu totius", möchte ebensowenig vollständig befriedigen, als die jedenfalls zu weit ausgedrückte Behauptung von Unterh. S. 215, daß Theilbarkeit dann angenommen werden müsse, „wenn dergleichen Leistungen rechtlicher Art sind". — Ist nun ein untheilbares Faktum Gegenstand der obligatio, so wird, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, Keiner befreit, und sind mehrere Gläubiger da, so ist Keiner befriedigt, als bis die ganze Handlung vorgenommen ist. Kommt es aber zu einer Verurtheilung auf das Interesse, so wird doch der einzelne Schuldner nur pro rata verurtheilt, und eben so wird dem einzelnen Gläubiger nur pro rata das Interesse zugesprochen, vgl. l. 72. pr. de V. O., wo der Jurist nach den oben ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Celsus tamen libr. 38. Dig. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse petitionem". [Ueber die Lesart in den Schlußworten vgl. Ribbentrop S. 224. Not. 2, *de Scheurl* p. 40].

Der Unterschied, der zwischen unsrem Falle, wenn die obligatio in einem facere besteht, und dem andren, wenn die Obligation auf Konstituirung einer untheilbaren Servitut gerichtet ist, vorkommt, daß nämlich dort der einzelne Schuldner nur pro rata, hier aber in solidum verurtheilt wird, hat gewiß seinen Grund darin, weil bei der Obligation auf ein *dare* der Schuldner stets das Objekt selbst schuldet, und nur blos die Kondemnation auf ein Surrogat der Schuld, auf baares Geld gerichtet ist, während bei den stipulationes *in faciendo* nach der Ansicht der Römer die Schuld selbst auf den Geldwerth des nicht geleisteten Faktum geht (id quod interest „*in stipulationem venit*", l. 68, l. 112. §. 1. de V. O., und darum ist eine solche stipulatio in faciendo eine incerta, l. 75. §. 7. eod.), und das Faktum demnach nicht sowohl in obligatione, als vielmehr eigentlich nur in solutione ist. Da also im leztren Falle die Schuld selbst, nicht blos die condemnatio

im Grunde auf etwas Theilbares gerichtet ist, so ist die Verurtheilung der einzelnen Schuldner pro rata ganz konsequent, während ebenso konsequent im erstren Falle der einzelne Schuldner in solidum kondemnirt werden muß, eben weil er das ganze untheilbare Objekt schuldet, und die condemnatio blos auf das Surrogat dieser Schuld geht; vgl. jetzt auch Sintenis II. S. 47, Not. 27, *Molitor* I. p. 324 sqq., Brinz a. a. O. S. 48 fgg., Heimbach cit. S. 429. Erkennt man diesen innern Zusammenhang an, und muß man ferner zugeben, daß in unsrem Rechte sich die Ansicht über obligationes in faciendo verändert hat, indem das Faktum selbst in obligatione ist, und sogar die condemnatio darauf gerichtet werden muß, so müßte man eigentlich konsequenter Weise sagen, daß h. z. T. auch bei obligationes in faciendo der einzelne Schuldner eben so, wie bei der obligatio auf Bestellung einer untheilbaren Servitut in solidum verurtheilt werden müsse. Da aber jene Veränderung in Betreff der oblig. in faciendo schon dem neuesten römischen Rechte angehört (l. 14. C. de sentent. 7. 45), und dennoch die l. 72. cit. unverändert in die Pandekten aufgenommen ist, so sind wir schwerlich berechtigt, diese Konsequenz für das praktische Recht wirklich zu ziehen, und zwar um so weniger, da dieselbe unverkennbar eine große Härte mit sich führen würde; vgl. auch Sintenis II. S. 47. Not. 27. Arndts Lehrb. §. 216. Anm. — Völlig abweichend ist jetzt die Darstellung von Savigny I. S. 358 fgg., indem derselbe auszuführen sucht, daß im römischen Rechte von jeher die untheilbaren obligationes faciendi ganz gleich mit den untheilbaren obligationes dandi behandelt worden seien, und also auch bei den ersteren Jeder der mehreren Schuldner *in solidum* verurtheilt werden müsse. Mich hat Savigny's Entwicklung nicht überzeugt; daß Ulpian die aus Celsus referirte Meinung des Tubero blos als „literarische Curiosität", als eine „fast verschollene Merkwürdigkeit" angeführt habe, scheint mir eine mehr als gewagte Behauptung zu sein, und aus den von Savigny für seine Meinung angeführten Stellen (l. 85. §. 2. de V. O., l. 11. §. 23. 24. de legat. III., l. 44. §. 8. fam. herc. 10. 2., l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. 35. 2), wornach dann, wenn die Errichtung eines opus legirt ist, die mehreren Erben „in solidum tenentur", folgt keineswegs, daß sie auch in solidum *condemnantur*, indem der Sinn jener Stellen auch vollkommen gut der sein kann, und m. E. wirklich ist, daß Jeder der einzelnen Erben nur dann liberirt ist, wenn das ganze opus vollendet ist, vgl. auch l. 22. fin. depos. (16, 3), l. 139. de V. O., u. s. Brinz a. a. O. S. 47 fgg.

3) Auch die Forderungsrechte, die auf ein *non facere* gerichtet sind, sind bald als theilbare, bald als untheilbare anzusehen.

Betrachten wir zuerst den Fall, wenn mehrere **Schuldner** oder **mehrere Erben eines Schuldners** vorhanden sind. Wenn hier die obligatio so beschaffen ist, daß durch die obligationswidrige Handlung des einzelnen Schuldners das Forderungsrecht des Gläubigers nur theilweise verletzt wird, so daß er also den andren Schuldnern gegenüber im vollen Genusse desselben bleibt, so ist die obligatio eine theilbare, und es kann nur der einzelne Schuldner, welcher das factum contrarium vorgenommen hat, pro rata belangt werden. Hat also z. B. Jemand ein pactum de non petendo mit seinem Schuldner abgeschlossen, und einer seiner mehreren Erben klagt für seinen Theil die Schuld ein, so ist nur er, keiner der andern Erben, zur Leistung des Interesse, oder eines verhältnißmäßigen Theils der etwa bedungenen Strafe verpflichtet. Ganz anders aber verhält es sich, wenn die obligationswidrige Handlug des einzelnen Schuldners das Recht des Gläubigers in seiner Totalität verletzt, so daß also die Handlung des Einzelnen ihren Wirkungen nach nicht anders zu beurtheilen ist, als wenn Alle sie vorgenommen hätten. In diesem Falle sind nämlich **alle** Schuldner verpflichtet, und denjenigen, die sich keiner obligationswidrigen Handlung schuldig machten, bleibt nur natürlich übrig, daß sie entsprechende Regreßklagen gegen den Schuldigen anstellen. Vgl. bes. l. 4. §. 1. de V. O.:

„Cato libr. 15. scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti: *iter fieri*, quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti: *amplius non agi*, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur (quod nisi in solidum peccari non poterit) illam stipulationem: *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*. Sed videamus, an non idem hic sit; sed magis idem, quod in illa stipulatione: *Titium heredemque ejus ratum habiturum;* nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum, idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest“.

In diesem, besonders von älteren Juristen (vgl. die oben angeführten Schriften, und die ferneren Nachweisungen bei *Schult.*

et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 6 sqq., und s. auch Sintenis II. S. 49 fgg. Not. 37.) vielfach und ausführlich besprochenen §us Cato referirt Paulus eine Ansicht des Cato, welcher er sich dann in den Worten: Sed videamus etc. beistimmend anschließt. Es werden nämlich von Cato zwei stipulationes in non faciendo sich einander entgegengesetzt, die stipulatio: *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, oder wie sie im Anfang der Stelle angeführt wird: *iter fieri* (denn die völlige Identität dieser Ausdrücke darf nicht bezweifelt werden), und die stipulatio: *amplius non agi;* die zweite sei theilbar, die erstere aber sei untheilbar, weil, wenn auch nur Einer der mehreren Erben zuwider handle, dies für den Gläubiger doch denselben Effekt habe, wie wenn alle zuwider gehandelt hätten. „Aber, fährt nun Paulus fort, ist auch dieser Unterschied wirklich begründet, ist nicht vielmehr dieser zweite Fall dem ersten ganz gleich zu stellen? [sed videamus, an non hic idem sit?] Gewiß nicht! vielmehr ist er offenbar gleich zu beurtheilen mit der stipulatio: Titium heredemque ejus ratum habiturum, bei welcher anerkannter Weise Theilung eintritt, so daß nur der einzelne Erbe des promissor, welcher dagegen handelt, pro rata belangt wird, und nur der einzelne Erbe des stipulator, gegen welchen das factum contrarium vorgenommen wird, pro rata klagen kann". (Die von den meisten älteren Interpreten angenommene Meinung, daß Paulus mit den Worten: sed videamus etc. auf die im princ. dieser Stelle angeführte stipulatio: dolum abesse a te heredeque tuo zurückkomme, und bei dieser jene Cato'sche Lehre in Anwendung bringe, scheint mir unhaltbar zu sein, vgl. auch *de Scheurl* l. c. p. 26 sqq.). — Außer diesem §us Cato vgl. auch noch l. 2. §. 5. l. 3. §. 1. fin., l. 85. §. 3, l. 131. pr. de V. O., l. 44. §. 5. fam. herc. (10, 2). So unzweifelhaft es hiernach ist, daß bei Obligationen auf untheilbare Unterlassungen sämmtliche Erben des Schuldners wegen obligationswidriger Handlung eines Einzelnen verhaftet sind, und dann blos ihren Regreß gegen den Kontravenienten nehmen dürfen: so ist es doch auch hier bestritten, ob der einzelne Erbe in solidum, oder nur pro portione hereditaria auf das Interesse verurtheilt werde. Während Savigny S. 365 fg. das Erstre vertheidigt, hat sich die herrschende Meinung von jeher für das Letztre erklärt, und zwar m. E. mit größtem Rechte, denn wenn man sich dafür auch nicht unmittelbar auf den §us Cato berufen darf, weil hier nicht von der Verurtheilung in das Interesse, sondern in eine bedungene Strafe die Rede ist: so bietet diese Entscheidung doch eine nahe liegende Analogie, und ganz entscheidend ist die Analogie des vorher bei Nr. 2. behandelten Falls, da eine verschiedene Beurtheilung untheilbarer Unterlassungen und untheilbarer Handlungen

in keinem Falle gerechtfertigt werden könnte. — Wenden wir uns nun zu dem zweiten einfacheren Falle, wenn mehrere Gläubiger oder mehrere Erben eines Gläubigers vorhanden sind, und es wird die obligationswidrige Handlung nur gegen Einen derselben vorgenommen, so kann aus begreiflichen Gründen nur dieser klagen, es müßte denn eine Konventionalstrafe ausbedungen sein, in welchem Falle Alle an und für sich klagberechtigt sind, obwohl doch der, gegen welchen die Handlung nicht vorgenommen wurde, mit einer exceptio doli zurückgewiesen wird, l. 2. §. 6, l. 3. §. 1. de V. O.

II. Untheilbar wegen der Form der Obligation ist

1) die alternative. Stehen sich hierbei nur ein Schuldner und ein Gläubiger gegenüber, und es zahlt der Schuldner einen Theil einer der Sachen, welche in obligatione sind, so wird er dadurch nicht pro rata liberirt; denn wollte man eine theilweise Befreiung annehmen, so würde der Gläubiger dadurch begreiflich in die schlechtere Lage gebracht werden, daß ihm für den Rest seiner Forderung ein entsprechender Theil der andern Sache gegeben werden dürfte, und er so mehrere Theile verschiedener Sachen, aber nicht eine ganze Sache erhielte. Die Wirksamkeit einer solchen theilweisen Leistung ist also ganz in pendenti; gibt der Schuldner nachher den übrigen Theil derselben Sache, so fängt jetzt auch die frühere Zahlung wirksam zu werden an, und er ist vollständig liberirt; gibt er aber nachher eine andere Sache, was er noch immer kann, so darf er das früher Geleistete kondiziren, l. 26. §. 13. de cond. indeb. (12, 6). Daß der Schuldner das theilweise Gezahlte sogleich zurückfordern dürfte, auch ohne das andere in obligatione seiende Objekt zu prästiren, scheint zwar durch l. 2. §. 1. de V. O.:

„Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, *sed aut statim repeti potest*, aut in pendenti est, donec alius detur“

unterstützt zu werden, vgl. auch z. B. Rubo S. 65. Not., aber es wäre dies nicht nur inkonsequent, sondern es widerspräche auch entschieden der völlig bestimmten l. 26. §. 13. de cond. ind. Unter diesen Umständen können wir doch wohl nicht umhin, bei den Worten: sed aut statim repeti potest den Fall zu supponiren, wenn sogleich ein anderer Sklave gegeben wird; wie dies denn auch von jeher die herrschende Meinung der Interpreten war, vgl. z. B. *Duaren.*, *Donell.*, *Cujac.* ad h. l., *Ches.* nr. 96. *Sc. Gentil.* c. 7. Ribbentrop S. 192. Not. 8. *de Scheurl* p. 20. — Ganz ähnlich verhält es sich, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind. Auch hier zeigt sich nämlich die Untheilbarkeit darin,

daß keiner derselben durch Zahlung des auf ihn fallenden Theils einer der mehreren Sachen sogleich befreit wird, sondern dieselbe nur erst unter der Voraussetzung liberirend wirkt, wenn auch von Seiten der übrigen Schuldner quote Theile derselben Sache prästirt werden. Im Uebrigen aber ist eine völlig theilbare Obligation vorhanden, so daß, wenn Einer der Schuldner in andrer Weise als durch Zahlung liberirt wird, z. B durch Nachlaßvertrag oder prozessualische Konsumtion, die Uebrigen blos pro rata verhaftet bleiben, so wie, wenn der Eine insolvent wird, die Uebrigen nicht dessen Antheil zu übernehmen brauchen, und wenn eine Verurtheilung auf das Interesse erfolgt, dieselbe immer nur die einzelnen Schuldner pro rata trifft, l. 2. §. 1. 3, l. 85. §. 4. de V. O. — Sind endlich mehrere Gläubiger vorhanden, so ist die obligatio auch hier insofern untheilbar, daß sich Keiner derselben gefallen zu lassen braucht, daß dem Einen ein Theil der einen, dem Andren ein Theil der andren Sache geleistet werde, während in allem Uebrigen die Obligation ebenfalls als eine völlig theilbare erscheint, l. 26. §. 14. de cond. indeb. (12, 6).

2) Der alternativen Obligation steht in dieser Rücksicht ganz gleich die Obligation auf Sachen *in genere*, und beide werden in unsren Quellen auch stets zusammen gestellt, vgl. die vorher angeführten Gesetze.

3) Eine Untheilbarkeit wird auch gewisser Maaßen durch die Zufügung einer Pönalstipulation herbeigeführt, indem dabei die, den Grundsätzen über Bedingungen ganz entsprechende Regel gilt, daß die Strafe stets verwirkt ist, wenn nicht die Obligation vollständig erfüllt ist. Damit hängt es konsequent zusammen, daß, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, und auch nur einer derselben nicht geleistet hat, doch der Regel nach die Strafe von Allen eingetrieben werden kann, obwohl doch die Einzelnen immer nur pro rata haften, und den Uebrigen natürlich auch eine Regreßklage gegen denjenigen zusteht, welcher die Verwirkung der Strafe herbeigeführt hat, l. 5. §. 3. 4, l. 55. §. 6. de V. O. Sind mehrere Gläubiger da, so muß zwar nach der Strenge des Rechts gesagt werden, daß für Alle die Strafforderung begründet ist, wenn nicht an Alle, sondern nur an Einem oder Einige geleistet ist; aber es wird doch dem Schuldner gegen die Klage derjenigen Gläubiger, welche befriedigt worden sind, eine exceptio doli eingeräumt, l. 2. §. 6, l. 3. §. 1. de V. O. —

Noch mögen hier schließlich einige allgemeine Bemerkungen ihren Platz finden:

1) Obwohl die Quellen-Aussprüche, aus welchen die römischrechtliche Theorie über theilbare und untheilbare Obligationen entnommen

werden muß, wesentlich nur in dem Titel *de verbor obligat.* vorkommen und Stipulationen voraussetzen, so läßt es sich doch gewiß nicht rechtfertigen, deßhalb jene Grundsätze mit Rubo S. 22 fgg. S. 203 fgg. blos auf obligationes *stricti juris* beschränken zu wollen. Da jene Prinzipien augenscheinlich auf innern Gründen beruhen, so muß man ihnen auch allgemeine Geltung zugestehen, und daß sie wesentlich nur bei der verborum obligatio entwickelt werden, kann keine Schwierigkeit machen, da die römischen Juristen es bekanntlich liebten, allgemeine Sätze des Obligationen-Rechts an die stipulatio, als den einfachsten und reinsten Obligationsgrund anzuknüpfen; vgl. auch *Scheurl* p. 105 sqq., Heimbach S. 432 fg., Savigny S. 375 fgg.

2) In unsren Tagen hat besonders Rubo S. 31. 52 fgg. S. 54. und öfter, einen inneren Zusammenhang zwischen den obligationes dividuae und individuae auf der einen, und den obligationes certae und incertae auf der andren Seite annehmen wollen, so daß, wo die condictio certi Platz greife, die obligatio eine dividua sei, wo aber die condictio incerti angestellt werde, die Obligation als eine untheilbare angenommen werden müsse. Es ist dies aber gewiß ungehörig, indem zwar wohl mehrfach ein zufälliges Zusammentreffen dieser verschiedenen Eintheilungen, aber keine Einheit des Prinzips vorkommt, und die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich schon einfach daraus, daß, wer sich einen Usufruktus versprechen läßt, *incertum* intelligitur in obligationem deduxisse, l. 75. §. 3. de V. O., obwohl die daraus hervorgehende Obligation doch ohne Zweifel eine theilbare ist.

3) Aus der ganzen obigen Darstellung geht zur Genüge hervor, daß die früher öfter gehörte Behauptung, im Falle einer untheilbaren Obligation entstehe, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger dabei vorkämen, eine Korreal-Obligation, sicherlich unbegründet ist. Nur in dem einen Falle, wenn bei einer auf Errichtung einer Realservitut gehenden Obligation mehrere Schuldner vorhanden sind, läßt sich jene Behauptung rechtfertigen, während in allen übrigen Fällen der untheilbaren Obligation, das daraus hervorgehende Rechtsverhältniß wesentlich von dem bei der Korrealobligation begründeten abweicht, vgl. bes. Ribbentrop S. 178 fgg. Die Meinung Savigny's S. 367 fg., daß vielmehr überall, wenn bei einer untheilbaren Obligation mehrere Schuldner vorhanden seien, eine passive Korreal-Obligation angenommen werden müsse, ist eine sich von selbst verstehende Folge seiner oben bei Nr. I. 2 und I. 3. angedeuteten abweichenden Ansichten, und bedarf eben darum keiner besondren Widerlegung.

4) Aus den bisherigen Erörterungen wird sich auch vollständig die als T. 2. abgedruckte l. 85. de V. O. erklären. Paulus hat hier nur den Fall vor Augen, wenn ein Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, und dabei unterscheidet er 4 Fälle:

a) Jeder der einzelnen Erben wird pro rata belangt und leistet pro rata. Dies ist der regelmäßige Fall einer theilbaren obligatio, z. B. bei einer gewöhnlichen Geldschuld, l. 85. cit. §. 1.

b) Es kann nur das Ganze gefordert, und nur das Ganze geleistet werden, d. h. kein Schuldner wird liberirt, wenn nicht das Ganze prästirt ist. Hierher gehören die Fälle der Untheilbarkeit der obligatio wegen Qualität des Objekts, und Paulus führt als Beispiele eine oblig. in faciendo und eine oblig. in non faciendo an (l. 85. cit. §. 2. 3.). Wie es sich hier mit der *condemnatio* verhalte, und ob diese in solchen Fällen auch *in solidum* gehe, oder nicht, läßt Paulus ganz unberührt.

c) Die einzelnen Schuldner werden pro rata belangt, aber nicht durch theilweise Zahlung liberirt, wohin die alternative Obligation und die oblig. auf Sachen in genere gehören (l. 85. cit. §. 4).

d) Der Gläubiger fordert das Ganze, und wenn dies nicht geleistet wird, so haften alle einzelnen Schuldner, aber doch nur pro rata, so daß jeder Einzelne durch theilweise Zahlung liberirt wird. Als Beleg dazu führt Paulus in §. 6. den Fall einer Konventionalstrafe an, aber außerdem auch noch in §. 5. den ähnlichen Fall der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung, über welches letztre Beispiel namentlich Ribbentrop S. 188 fgg. doch wohl unnöthiger Weise mancherlei Bedenklichkeiten erhoben hat. Es verhält sich damit einfach so. Die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung tritt nur unter der Voraussetzung ein, wenn nicht der Verkäufer vollständig den dem Käufer drohenden Rechtsstreit auf sich nimmt; denn thut er dies, so kann begreiflich von einer Eviktionsleistung keine Rede sein, weil ja nun dem Käufer die Sache gar nicht abgestritten wird, und auch die litis aestimatio nicht von ihm, sondern von dem Verkäufer prästirt werden muß, welcher durch die Streitübernahme Verklagter geworden ist, und also auch im Falle des Siegs des Klägers zur litis aestimatio verurtheilt wird. Sind nun mehrere Auktoren da, oder ist der Auktor mit Hinterlassung mehrerer Erben verstorben, so fordert der Käufer zunächst von ihnen Allen jene prozessualische Vertretung, und dieses muß ihm in solidum prästirt werden, so daß, wenn auch nur Einer der Erben sich derselben nicht unterziehen will, den Uebrigen ihre Bereitwilligkeit nichts hilft, und also nach wirklich geschehener Eviktion die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung für Alle eintritt, sowohl für die, welche die Prozeß-Uebernahme verweigerten, als auch für die, welche bereit dazu waren, jedoch in der Weise, daß sie Alle

nur pro partibus hereditariis haften; vgl. außer l. 85. §. 5 cit. auch l. 139. de V. O. Offenbar verhält es sich also hier ganz ähnlich so, wie in dem Falle einer Pönalstipulation; denn gerade so, wie in diesem letztren Falle das, was in conditione positum est, in solidum geleistet werden muß, widrigen Falls sämmtliche Schuldner die bedungene Strafe pro rata zahlen müssen, eben so müssen in unsrem Falle die sämmtlichen Erben des Verkäufers pro rata die dupla prästiren, wenn auch nur Einer derselben jener prozessualischen Vertretung sich entzieht. Vgl auch *Scheurl* p. 45 sqq., Sintenis II. S. 51 fgg. Not. 39.

III. Von den Gegenständen der obligatio.

1) Im Allgemeinen. §. 568.

Ueber *dare*, *facere*, *praestare* vgl. Marezoll in der Gieß. Zeitschr. X. 8, Schilling in Richter's krit. Jahrbb. Bd. III. S. 120 fgg., Savigny Syst. V. S. 589. 596 fgg., Oblig. I. S. 297 fgg., Unterholzner I. S. 200 fgg., Puchta Kurs. der Institut. II. §. 165, Wächter Erörtr. II. S. 69 fgg. Not. 46, Heimbach a. a. O. S. 421 fgg., Huschke in der gesch. Zeitschr. XIII. S. 249 fgg., *Molitor* I. p. 111 sqq. Vgl. auch Schilling Lehrb. III. S. 4 fg. Not. t, Böcking Pandekten I S. 288 fg.

2) Insbesondere:

A) Von alternativen Obligationen. §. 569.

v. Gülcken (praes. *Kurrer*), de obligatione alternativa. Tub. 1636, *de Brassier*, de causis alternativis. Heidelb. 1821, Heimbach a. a. O. S. 434 fgg., *Molitor* I. p. 287 sqq., Savigny I. S. 389 fgg.

Anm. 1. Daß bei einer oblig. alternativa dann, wenn nichts Andres vertragsmäßig bestimmt ist, dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, ist unzweifelhaft, l. 25. pr., l. 34. §. 6. de contrah. emt. (18, 1), l. 10. §. 6. de jure dotium (23, 3), l. 93. 106. 138. §. 1. de V.

O. (45, 1). Doch sind dabei noch einige spezielle Punkte in Erwägung zu ziehen:

1) Nicht nur bei der Zahlung hat der Schuldner die Wahl, sondern auch bei der Rückforderung, wenn er aus entschuldbarem Irrthume Beides gezahlt hat. Zwar war unter den römischen Juristen Streit hierüber und Justinian in l. 10. C. de cond. indeb. (4, 5) führt namentlich als Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung Ulpian, Marzellus und Celsus an, und dieses Letztren Meinung kommt namentlich auch noch in l. 26. §. 13. fin. de cond. ind. (12, 6) vor; aber gewiß mit Recht entschied sich der Kaiser in der l. 10. C. cit. für die Theorie des Julian und Papinian, wonach dem, welcher indebite gezahlt habe, die Wahl zustehen soll. Diese Entscheidung kann aber nicht auf den Fall bezogen werden, wenn Korrealschuldner vorhanden sind. Gesetzt, A. und B. versprechen als correi debendi ein Pferd oder 100; wenn hier zuerst A. das Pferd, und hierauf B. die 100 zahlt, so versteht es sich von selbst, daß hier immer blos der Letzte die condictio indebiti anstellen kann, denn durch die Zahlung des A. war die Obligation erloschen, und die Hingabe des B. war ein reines indebitum. Bezahlten aber Beide ganz gleichzeitig, so wird in einem solchen Kollisionsfalle aus begreiflichen Gründen dem Gläubiger das Recht gegeben, zu bestimmen, welchem der beiden Debitoren er restituiren wolle, l. 21. de cond. indeb. (12, 6), und gewiß irrig ist die Meinung Thibaut's in Braun's Erörter. S. 109, daß dann der von dem Gläubiger designirte Schudner unter den beiden Objekten wählen dürfte. Augenscheinlich ist vielmehr in der dem Gläubiger zugestandenen Wahl der Person auch die Wahl des zu restituirenden Objekts enthalten, indem der Schuldner doch gewiß kein Recht auf Rückgabe einer Sache hat, die von ihm gar nicht gegeben worden ist; vgl auch *de Brassier* cit. pag. 46 sqq.

2) Ob der Wahlberechtigte von der einmal getroffenen Wahl wieder abgehen könne, hängt zunächst davon ab, ob über das Wahlrecht etwas ausdrücklich bestimmt ist, oder nicht. Im erstren Falle muß der Inhalt des Vertrags auch über das jus variandi entscheiden, und so kam es z. B. dann, wenn der Gläubiger sich das Wahlrecht besonders ausbedungen hatte, im Geiste der lateinischen Sprache gar sehr darauf an, ob derselbe gesagt hatte: quem *voluero*, oder: quem *volam*; denn während im erstren Falle nur eine einmalige Wahl zuläßig war, stand ihm im zweiten allerdings ein jus variandi zu, l. 112. pr. de V. O. Wird aber so dem Gläubiger auch das jus variandi eingeräumt, so versteht es sich doch von selbst, daß dasselbe nicht über die Zeit der litis contestatio hin ausgedehnt werden darf, vgl. auch l. 112. pr. cit. (*„donec judicium dictet"*). — Im zweiten

Falle, wenn über das Wahlrecht nichts besonderes bestimmt ist, sondern dasselbe allgemeinen Grundsätzen nach dem Schuldner zusteht, gilt aber die Regel, daß derselbe bis zur wirklichen Zahlung seine Wahl noch immer ändern kann, l. 138. §. 1. de V. O.:

„Quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, *licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestiturus sis*, quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus, quae inest",

vgl. l. 106. eod.: „tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvetur", l. 21. §. 6. de act. emt. vend. (19, 1), und es ist daher nach diesen klaren gesetzlichen Aussprüchen nicht wohl einzusehen, wie z. B. Thibaut, Syst. §. 81, Mühlenbruch, Lehrb. §. 325, Sintenis II. S. 29 Not. 53 u. A. dennoch dem Schuldner nur eine einmalige Wahlbefugniß einräumen wollen. Das versteht sich freilich von selbst, daß wenn über die einmal vorgenommene Wahl ein bindender Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossen worden ist, so daß darin ein Verzicht des Schuldners auf das ihm gesetzlich zustehende jus variandi gefunden werden kann, ein weiterer Wechsel nicht zulässig ist. Vgl. auch *Donell.* ad l. 106. de V. O. (in opp. XI. p. 1430 sqq.), *Giphan.* ad l. 106. cit. (in lect. Altorph. p. 940 sqq.), *Chesii* interpret. jur. l. c. 50. n. 82 sqq., *Schroeder* (praes. *Frommann*) de jure variandi. Tüb. 1681. nr. 263 sqq. (p. 89 sqq.), *Hert.*, de elect. ex obl. altern. debitori debita. sect. II. §. 7. (in ejusd. opusc. vol. I. tom. 3. p. 239), Fritz, Erl. II. S. 11, Wächter Erörtr. H. 3 S. 119, Heimbach S. 435, *Molitor* I. p. 291 sqq., Savigny I. S. 391.

3) Daß das Wahlrecht, wenn es der Regel gemäß dem Schuldner zusteht, auch auf die Erben desselben übergeht, versteht sich von selbst. Dasselbe muß gewiß auch behauptet werden, wenn das Wahlrecht vertragsmäßig dem Gläubiger eingeräumt ist, l. 76. de V. O.:

„Si stipulatus fuerim *illud aut illud, quod ego voluero*, haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret; *in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore*",

und die abweichende Meinung von *Donell.* ad l. 76. cit. (in opp. XI. p. 1272 sqq.), welcher unsere Stelle in äußerst gezwungener Weise so auslegen will, daß danach zwar wohl die *obligatio*, aber nicht die *electio* auf die Erben übergehe, ist gewiß mit größtem Rechte von jeher von den Meisten verworfen worden, vgl. z. B. *Kurrer* cit. §. XXXV sqq., und die dort §. XXXVI. zahlreich Zitt., *Hert.* cit. sect. IV. §. 1, *de Brassier* cit. §. 2. und alle Neueren.—

Ob aber das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht auch auf den Zessionar übergehe, ist ausnehmend bestritten, vgl. über die Literatur dieser Streitfrage *Kurrer* cit. §. XXXIX. und XL. und Mühlenbruch, Cess. S. 264 fgg. Die richtige Ansicht, die auch namentlich von Mühlenbruch a. a. O., und unter den Aeltern z. B. von *Cujac*, ad l. 76. cit. (in opp. V. p. 239), *Giphan*. ad eand. leg. (in lect. Altorph. p. 899), *Ches.*, interpr. jur. II. c. 8. n. 13, *Olea*, de cess. jur. et act. tit. III. qu. 1. nr. 44 sqq. vertheidigt wird, scheint mir die zu sein, daß allerdings dem Zessionar das Wahlrecht zukomme, und zwar sprechen dafür nicht nur gute innere Gründe, sondern ganz entscheidend ist auch dafür die l. 75. §. 3. de legat. I.:

„Si quis ita stipulatus: *Stichum aut decem, utrum ego velim*, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem *electionem habituro*, utrum Stichum an decem persequi malit",

in welcher Stelle auch nicht die leiseste Andeutung vorkommt, daß hier etwa eine Singularität für das legatum nominis, oder wie Manche wollen, für die Fälle einer cessio *necessaria* ausgesprochen sei. Wenn sich dennoch Viele durch die oben abgedruckte l. 76. de V. O. und die damit in Verbindung gebrachte l. 141. pr. eod. zu der entgegengesetzten Meinung bestimmen lassen (vgl. z. B. unter den Aelteren *Donell* cit., *Kurrer* cit., unter den Neueren Thibaut, Syst. §. 80. und in Braun's Erörtr. S. 110. *de Brassier* cit. §. 2), so ist dies darum unzuläßig, weil in jenen Stellen nur der Satz ausgesprochen ist, daß, wenn ein Sklave oder Haussohn sich bei einer alternativen Stipulation die Wahl des Gegenstandes vorbehalten habe, dieses Wahlrecht nicht von dem Herrn oder Vater ausgeübt werden dürfe. Da dies aber auf eigenthümlichen Gründen beruht, nämlich auf dem bekannten Grundsatze des römischen Rechts, daß „ea, quae facti sunt, non transeunt ad dominum", l. 44. pr. de condit. et dem. (35, 1), cf. §. 2. J. de stipul. servor. (3, 17), l. 38. §. 6. de V. O., so kann daraus kein Schluß auf die Unzuläßigkeit einer Zession gemacht werden; vgl. besonders Mühlenbruch a. a. O.

4) Nicht selten wird behauptet, daß das Wahlrecht des Schuldners durch Verzug desselben aufgehoben werde, und auf den Gläubiger übergehe, vgl. z. B. Glück IV. S. 417, Schweppe, Lehrb. §. 379, Mejer in Schweppe's Handb. §. 379, Zimmern im ziv. Arch. I. S. 326 fgg., während Andre einen solchen Uebergang des Wahlrechts wegen Verzugs nur im Falle einer alternativen Ortsbestimmung annehmen, vgl. z. B. Thibaut, Syst. §. 99, *de Brassier* p. 31 sqq. Beide Parteien berufen sich auf l. 2. §. 3. de eo

quod certo loco (13, 4), wo Scävola den Grundsatz ausspricht, daß bei einer alternativen Ortsbestimmung der Schuldner zwar allerdings vor der Klage an jedem der genannten Orte zahlen dürfe, daß aber, wenn es zur Klage komme, dem Kläger das Wahlrecht eingeräumt werden müsse, weil ohnedies die ganze Existenz der obligatio in den Willen des Schuldners gestellt sein würde; und als Konsequenz davon führt dann Scävola weiter an, daß, wenn an jedem der verschiedenen Orte auch eine andere Leistung verabredet sei, dem Kläger auch die Wahl der Leistung wegen der ihm zustehenden Wahl des Orts gebühre („Proinde mixta rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum; alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem"). Faßt man den Gedanken Scävola's nur einiger Maßen scharf auf, so muß sich uns die Ueberzeugung aufdringen, daß, was hier von der alternatio locorum und von der alternatio locorum alternationi rerum mixta gesagt ist, unmöglich auf den Fall einer reinen alternatio rerum ausgedehnt werden darf; denn augenscheinlich läßt sich Scävola in jenen Fällen nur nothgedrungen zu einer Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen bestimmen, weil ohnedies das ganze Klagrecht zu einem illusorischen werden würde; dieser Nothstand ist aber gerade nur im Falle einer alternatio locorum, aber schlechthin nicht bei einer bloßen alternatio rerum vorhanden. Uebrigens geht aus dem Bisherigen auch noch das hervor, das selbst bei einer alternatio *locorum* nicht der Verzug des Schuldners es ist, welcher den Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger herbeiführt, sondern daß dabei rein nur der Zeitpunkt der Klaganstellung entscheidet. Ist also, was meistens der Fall sein wird, der Schuldner schon vor der gegen ihn erhobenen Klage in Mora, so wird ihm dadurch sein Wahlrecht nicht entzogen, so wie er umgekehrt dasselbe verliert, wenn, was ja auch leicht möglich ist, die Klage gegen ihn angestellt wird, ohne daß er sich in Verzug befände. Vgl. *Kurrer* cit. §. XXX., *Hert*, cit. sect. III. §. 7. und bes. v. Madai Mora S. 396 fgg., dem auch Wolf, Mora S. 468. beistimmt; s. auch Wächter Erörtr. H. 3. S. 117 fg. Not. 64.

Anm. 2. Was das Erlöschen alternativer Obligationen durch den Untergang des Objekts anbelangt, so müssen hierbei mehrfache Unterscheidungen gemacht werden (vgl. bes. *Kurrer* cit. §. LVIII sqq., Zimmern im civ. Arch. I. Nr. 23, *de Brassier* cit. §. 4—7, 9—11, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 110 fgg.; s. auch Sintenis II. S. 468 fgg., Fuchs im civ. Arch. XXXIV. S. 235 fgg., *Molitor* I. p. 295 sqq., Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligat. Verhältnisse. Braunschw. 1853 S. 308 fgg.).

Vor Allem nämlich müssen die beiden Hauptfälle getrennt werden, je nachdem das Wahlrecht dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, und in jedem derselben muß dann wieder unterschieden werden, ob der Untergang durch reinen Zufall erfolgte, oder ob dabei eine Schuld, sei es des Debitor oder Kreditor, konkurrirt.

I. Wenn das Wahlrecht dem Schuldner zusteht, und

1) der Untergang erfolgt rein kasuell, so versteht es sich ganz von selbst, daß, wenn beide Objekte, welche in obligatione sind, durch Zufall zu Grunde gehen, die ganze Obligation nothwendig erlöschen muß. Geht aber blos eines der Objekte kasuell unter, so wandelt sich die alternative Obligation in eine obligatio simplex um, so, daß nun blos noch das übrig gebliebene Objekt in obligatione und in petitione ist, l. 3. §. 2. de eo quod certo loco (13, 4), l. 34. §. 6. de contr. emt. (18, 1), l. 95. §. 1. de solut. (46, 3). Es ist aber billig, daß der Schuldner, damit er nicht durch einen solchen casus in eine schlechtere Lage gebracht werde, sich doch auch durch die Leistung der aestimatio der zu Grunde gegangenen Sache von seiner Verbindlichkeit befreien kann, so daß diese aestimatio, wenn auch freilich nicht in obligatione, doch allerdings *in solutione* ist, und also ein Fall der s. g. *facultas* alternativa hier eintritt, l. 47. §. 3. de legat. I.:

„Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, *fortassis vel mortui pretium*".

Dies mit Manchen (z. B. Puchta Lehrb. §. 302 Not. d. und Vorles. ad h. l.) als eine Singularität bei den alternativen Legaten ansehen, oder darin mit Andren (vgl. bes. *Sc. Gentil.* de divid. et indiv. oblig. c. 9, in opp. I. p. 121 sqq.) eine blos subjektive Meinung Ulpian's finden zu wollen, eine Meinung welcher ihr Urheber selbst nicht recht traue (*fortassis!*), und die daher auch unmöglich als Gesetz angesehen werden dürfe: geht um so weniger an, da in l. 95. §. 1. de solut. (46, 3), eine sprechende Bestätigung jener Ulpianischen Lehre vorkommt. Dort wird nämlich von Papinian im Falle einer alternativen Stipulation dann, wenn das eine Objekt durch Schuld des Debitors vernichtet ist, diesem blos darum das Recht, die aestimatio des kulpos vernichteten weniger werthvollen Gegenstandes dem Gläubiger aufdringen zu dürfen, abgesprochen, „quoniam id pro petitore *in poenam promissoris* constitutum est", zum sicheren Zeichen, daß wenn keine culpa, und also keine Straffälligkeit des Schuldners vorliegt, jenes Recht ihm unbedenklich eingeräumt werden muß. — Was aber nach dem Vorhergehenden Rechtens ist, wenn das eine der beiden Objekte kasuell zu Grunde geht, dasselbe muß auch in dem Falle gelten, wenn vor der Zahlung eine der alternativ geschuldeten Sachen aus irgend einem

Grunde in das Eigenthum des Gläubigers gekommen ist, l. 16. pr. de V. O., und die Unterscheidung zwischen einer causa lucrativa und onerosa, die Manche hierbei in der Art machen wollen, daß im letztren Falle doch auch noch die aestimatio der in's Eigenthum des Gläubigers übergegangenen Sache in obligatione bleibe, während dies im erstren Falle sich anders verhalte, beruht gewiß auf keinem haltbaren Grunde, vgl. *Kurrer* cit. §. LVI. und die dort zahlreich Zittirten, u. s. auch Sell, über conc. duar. lucrat. caus. Zürich 1839. S. 174 fgg.

2) Wenn der Untergang des Objekts durch Kulpa des Schuldners herbeigeführt ist — welchem Fall auch der gleich zu setzen ist, wenn der Untergang während der Mora des Schuldners erfolgt —, so muß dann, wenn nur ein Objekt vernichtet, das andre aber noch vorhanden ist, dieses andre noch vorhandene als der einzige Gegenstand der obligatio angesehen werden, und auch das im Falle kasuellen Untergangs dem Schuldner zustehende Benefizium, den Werth der zu Grunde gegangenen Sache zahlen zu dürfen, ist in unsrem Falle nur dann zuzulassen, wenn die vernichtete Sache keinen geringeren Werth hat, als die noch vorhandene. Wenn Viele, z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 111, *de Brassier* cit. §. 5, Unterholzner I. S. 520, Fuchs a. a. O. S. 237 fg., Mommsen cit. S. 315 Not. 13. u. A., in diesem Falle dem Schuldner jene Befugniß ganz absprechen, so ist dies zwar wohl konsequent, aber schwerlich mit dem Ausspruch Papinian's in l. 95. §. 1. de solut. (46, 3) zu vereinigen, wonach dem Schuldner dieses Recht nur dann abgesprochen wird, „si [defunctus servus] forte longe fuit vilior", Zimmern a. a. O. S. 313 fgg., 316 fgg., Sintenis II. S. 469. — Sind aber beide Objekte zu Grunde gegangen, so ist zu unterscheiden:

A. Das Erste ist durch culpa des Schuldners vernichtet, das Zweite ist durch casus zu Grunde gegangen. Streng genommen ist hier die obligatio ganz erloschen, und der Schuldner liberirt, denn die kulpose Vernichtung kann ihm eigentlich nicht imputirt werden, da ja zur Zeit derselben noch die andre Sache vorhanden war, durch deren Leistung er den Gläubiger vollständig befriedigen konnte, l. 95. §. 1. de solut. Da er aber doch wenigstens mittelbar insoferne obligationswidrig gehandelt hat, daß er dem Gläubiger die Gefahr näher brachte, so ist es ganz in der Ordnung, diesem eine Entschädigungsklage einzuräumen. Im Falle die alternative Oblig. durch ein negotium stricti juris, also namentlich durch stipulatio, begründet war, ist freilich nur die actio *doli* zulässig, und wegen bloser culpa des Schuldners kann also dem Gläubiger nicht geholfen werden, l. 95. §. 1. cit. Geht aber die obl. altern. aus einem negotium

bonae fidei hervor, so ist unzweifelhaft die Kontraktsklage selbst, und zwar auch für den Fall einer blosen culpa begründet. Immer aber kann mit dieser Entschädigungsklage nur die aestitimatio desjenigen Objekts gefordert werden, welches den geringsten Werth hatte, sei dies nun das kulpos vernichtete, oder das kasuell zu Grunde gegangene, denn auch im letztren Falle ist dem Gläubiger durch die culpa des Schuldners doch wirklich nur die aestimatio dieser res vilior entzogen worden, indem diese ja immer, wegen der dem Schuldner zustehenden facultas alternativa, dem Gläubiger hätte aufgedrungen werden dürfen, auch wenn die wertvollere Sache nicht kulpos vernichtet worden, sondern noch vorhanden wäre. Die abweichende Ansicht von Zimmern S. 318, wonach ausschließlich der Werth der vom Schuldner zerstörten Sache in Betracht gezogen werden soll, beruht auf Nichtachtung der auch hier wichtig eingreifenden facultas alternativa.

B. Das Erste ist durch casus zu Grunde gegangen, das Zweite durch culpa des Schuldners zerstört worden. Hier fordert der Gläubiger unzweifelhaft den Werth dieses Zweiten, aber eben so gewiß darf ihn der Schuldner auch mit der aestimatio des ersten kasuell untergegangenen Objekts abfinden; denn da er dies dürfte, wenn das Zweite noch vorhanden wäre (s. oben bei nr. 1.), so muß er es auch dürfen, wenn er dieses vernichtete.

C. Wenn beide Objekte durch culpa des Debitors vernichtet sind, so fordert der Gläubiger den Werth des zuletzt zerstörten, und dafür kann ihm auch nicht der etwaige geringere Werth des zuerst vernichteten aufgedrungen werden, indem hier die oben besprochene l. 95. §. 1. de solut. entgegen stehen würde.

3) Wir wenden uns zu dem Falle, wenn der Untergang durch Kulpa des Gläubigers herbeigeführt ist. Wenn nur ein Object vernichtet, das andre noch vorhanden ist, so ist jetzt blos dieses letztre in obligatione und in petitione, und der Gläubiger muß für die vernichtete Sache Schadenersatz geben, dessen Größe sich aber begreiflich nicht blos nach dem Werthe dieser Sache bestimmt, sondern, wenn die übrig gebliebene und dem Gläubiger gegebene Sache einen höheren Werth hat, auch diesen mit umfaßt, l. 55. ad leg. Aquil. (9, 2). Doch ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Schuldner auch das Recht hat, die übriggebliebene Sache zu behalten, und den Werth der vernichteten Sache dem Gläubiger als Zahlung anzurechnen; denn da ihm diese facultas im Falle zufälligen Untergangs zusteht, so kann sie ihm um so weniger abgesprochen werden, wenn vom Gläubiger selbst der Untergang herbeigeführt ist; und daß Paulus in l. 55. cit. auf diese facultas alternativa keine Rücksicht nimmt, erklärt sich leicht, da er ja in dieser Stelle nicht

die Theorie der obligatio alternativa entwickeln, sondern nur an einem Beispiele die eigenthümlichen Grundsätze über Berechnung des Schadenersatzes nach der lex Aquilia erläutern wollte. — Wenn aber beide Objekte zu Grunde gegangen sind, und zwar

A. das erste durch culpa des Gläubigers, das zweite durch casus, so ist jetzt der Schuldner vollständig liberirt, und der Gläubiger muß Ersatz wegen des kulpos vernichteten prästiren, wobei ganz so, wie in dem vorher erörterten Falle, auch der etwaige höhere Werth des nachher zufällig zu Grunde gegangenen Objekts in Betracht zu ziehen ist, denn dieser spätere zufällige Untergang vermag an der einmal begründeten Entschädigungspflicht des Gläubigers nichts zu ändern, l. 55. ad. leg. Aquil.:

„Stichum aut Pamphilum promisi Titio, quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi, quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum".

(Will man auch nicht mit Hal. und Char. statt: *Jam* pretium etc. lesen: *Num* pret., so stimmen doch alle bessern Interpreten darin überein, daß man hinter liberatus est promissor ein Fragezeichen setzen muß, vgl. auch Schol. ad Basil. LX. 3. 55 (bei Fabr. VII. p. 114, bei Heimb. V. p. 322), während freilich in den meisten Ausgaben, und namentlich auch in den neueren von Gebauer, Kriegel und Beck ein Komma steht, was einen ganz falschen Sinn gibt. Zum Beleg nehme man die gänzlich mißlungene Uebersetzung im deutschen Korp. jur. Bd. I. S. 791, wo jener Passus so lautet: „Hier wird der Werth des Stichus abgezogen (!), weil der Versprecher von seiner Verbindlichkeit befreit wird, und es genügt, daß jener zu der Zeit, als er erschlagen ward, einen größeren Werth gehabt habe, oder wenigstens binnen Jahresfrist").

B. Wenn das erste Objekt durch Zufall, das zweite durch Schuld des Gläubigers zu Grunde geht, so hat sich nach dem kasuellen Untergang des ersten die Obligation auf das andre übriggebliebene reduzirt, und wenn der Gläubiger dieses vernichtet, so ist es eben so, wie wenn er bei einer obligatio simplex die einzige res debita zerstört hätte, d. h. der Schuldner wird liberirt, und kann mit der actio legis Aquiliae nur dann, und nur insoweit auftreten, wenn und inwieweit sein verletztes Interesse den reinen Sachwerth des ver-

nichteten Objekts übersteigt. Namentlich kann hierbei auch die bekannte eigenthümliche Berechnung des Schadenersatzes nach der lex Aquilia in Betracht kommen, wonach, wenn aus dem ersten Kapitel geklagt wird, ein Jahr rückwärts gegriffen werden muß. Nehmen wir ein Beispiel. Der A. verspricht dem B. alternativ die Sklaven Stichus oder Pamphilus, welche beide am 1. Januar denselben Werth von 20 haben; am 1. Februar stirbt Pamphilus, und der Werth des Stichus sinkt aus irgend einem zufälligen Grunde auf 12; am 1. März tödtet der Gläubiger diesen Stichus. Wäre Stichus nicht zugleich eine res debita, so würde der A. volle 20 fordern, obwohl der getödtete Sklave im Augenblick der Tödtung nur 12 werth war; da aber derselbe auch an den B. geschuldet wurde, so gehen von diesen 20 so viele ab, als der wirkliche Werth desselben im Augenblicke der Tödtung war, weil ja soweit wegen der erfolgten Liberirung des Schuldners kein wahres damnum für denselben vorliegt, und es entscheidet sich also unser Fall dahin, daß der Schuldner A. durch jene kulpose Tödtung von Seiten des Gläubigers von seiner Schuld befreit wird, und außerdem noch 8 mit der actio leg. Aquiliae einfordert. Hieraus erklären sich dann auch die meistens mißverstandenen oder übersehenen Schlußworte der l. 55. ad leg. Aquil., welche unmittelbar nach dem vorher bei lit. A. ausgezogenen Passus so lauten:

„Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse".

Der Fall ist folgender. Ich verspreche alternativ den Stichus im Werth von 10, oder den Pamphilus im Werth von 20; jetzt stirbt der Letztere, und hierauf vor Ablauf eines Jahres tödtet der Gläubiger den Erstren. Wie steht es mit der actio leg. Aquiliae? Man sollte denken, diese Klage falle für den Schuldner ganz hinweg; denn da er durch die Handlung seines Gläubigers von der Schuld im Betrag von 10 ganz liberirt wird, und da auch der getödtete Sklave den Werth von 10 niemals überschritten hat, so ist von einem Schaden, welchen er erlitten, keine Rede. Aber — so argumentirt hier Paulus — nach dem ersten Kapitel der lex Aquilia müssen wir bei der aestimatio des getödteten Sklaven ein Jahr zurückgreifen, und da kommen wir in unsrem Falle auf eine Zeit, wo neben dem Stichus noch der werthvollere Pamphilus am Leben war; eben deshalb aber hatte damals auch der Stichus selbst einen höhern Werth, und wäre er zu jener Zeit getödtet worden, so würde sein Herr nicht blos 10, sondern 20 haben fordern dürfen; und aus diesem Grunde muß also auch jetzt, nach dem Tode des Pamphilus, wenn nur dieser Tod nicht weiter als ein Jahr zurück liegt, der getödtete Stichus nicht blos im Werthe von 10, sondern im Werthe von 20 taxirt werden, so daß nun wegen dieser überschießenden 10 der liberirte Schuldner

allerdings die actio legis Aquiliae gegen seinen Gläubiger gebrauchen darf. — Wir haben bisher den Fall vor Augen gehabt, wenn die zuerst kasuell zu Grunde gegangene Sache einen höhern Werth hatte, als die nachher vom Gläubiger vernichtete; für den umgekehrten Fall tritt aber natürlich auch wieder die schon öfter berührte facultas alternativa ein, vermöge deren der Schuldner Anspruch auf den vollständigen Ersatz des kulpos vernichteten Objekts hat, und davon nur den Werth der ersten kasuell zu Grunde gegangenen Sache abzieht.

C. Werden beide Objekte vom Gläubiger vernichtet, und zwar zu verschiedenen Zeiten, so ist, sobald das erste zerstört ist, für den Schuldner ein Anspruch auf volle Entschädigung nach den oben im Eingang von Nr. 3. angedeuteten Grundsätzen begründet. Wird nun nachher noch das zweite dazu vernichtet, so treten für dieses zweite die unmittelbar vorher bei 3. B. erörterten Grundsätze ein; so daß also auch wegen dieses zweiten unter Umständen eine actio legis Aquiliae angestellt werden kann, nämlich dann, wenn das durch die zweite Kulpa des Gläubigers verletzte Interesse mehr beträgt, als der Sachwerth des zweiten Objekts. Man nehme unsren obigen Fall, wonach der Schuldner alternativ den Pamphilus im Werth von 20, oder den Stichus im Werth von 10 versprochen hat. Tödtet jetzt der Gläubiger zuerst den Pamphilus, so hat deshalb der Schuldner eine actio legis Aquiliae auf 20, wogegen seine obligatio sich auf den Stichus reduzirt. Tödtet nun der Gläubiger auch diesen Stichus, so wird der Schuldner ganz befreit, und der Gläubiger haftet überdies, sofern nur die Tödtung innerhalb eines Jahres nach der Tödtung des Pamphilus erfolgte ex lege Aquilia noch für 10, so daß er im Ganzen 30 an den Schuldner zu bezahlen hat. Wäre dagegen zuerst der minderwerthe Stichus, und hierauf der Pamphilus getödtet worden, so würde der Schuldner doch immer nur 20 ex lege Aquilia fordern dürfen. Daß in diesen Fällen die facultus alternatiaa des Schuldners keinen Vortheil für denselben herbeiführen kann, leuchtet von selbst ein. — Wenn die kulpose Zerstörung der beiden Objekte gleichzeitig geschehen ist, so ist die natürlichste Entscheidung die, daß der Schuldner für beide Objekte ganz nach den Prinzipien der lex Aquilia vollen Schadenersatz fordert, und davon nur den Sachwerth des mindest werthen in Abzug bringt.

II. Wir gehen zu dem zweiten Hauptfalle über, wenn nämlich das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht. Wenn hier:

1) der Untergang kasuell erfolgt, so versteht es sich auch hier ganz von selbst, daß, wenn beide Objekte untergehen, die ganze Obligation erlöscht, während, wenn nur eines zu Grunde geht, durchaus nur das übrigbleibende in petitione und in solutione ist, und der Gläubiger nicht etwa auch den Werth des untergegangenen fordern

darf, l. 34. §. 6. de contrah. emt. (18, 1), l. 95. pr. de solut. (46, 3).

2) Wenn bei dem Untergang eine Kulpa des Schuldners vorkommt, so hat, wenn nur ein Objekt durch den Debitor vernichtet wird, der Gläubiger die Wahl, ob er das noch vorhandene, oder vielmehr den Werth des vernichteten haben will, denn es leuchtet ein, daß das Wahlrecht des Gläubigers durch die kulpose Handlung des Schuldners nicht vereitelt werden darf. Eben darum hat auch der Gläubiger, wenn beide Objekte vom Schuldner vernichtet werden, noch fortwährend die Wahl, für welches von Beiden er Ersatz fordern will, während natürlich wenn nur das eine culpa debitoris, das andre aber casu untergeht, der Gläubiger immer nur den Werth des kulpos vernichteten begehren kann, wobei es denn auch durchaus keinen Unterschied macht, welches von beiden früher, welches später untergegangen ist.

3) Wenn eine Kulpa des Gläubigers den Untergang herbeiführt, und es ist nur ein Objekt vernichtet, so gehen manche Juristen von dem Grundsatze aus, daß das kulpos vernichtete Objekt als empfangen angesehen werden müsse, so daß also der Gläubiger auf das übrigbleibende schlechthin keinen Anspruch machen könne, vgl. namentlich Thibaut, Syst. §. 81. a. E. und in Braun's Erörtr. S. 114. Andre dagegen nehmen an, daß der Gläubiger durch kulpose Vernichtung des einen Objekts sein Wahlrecht schlechthin nicht verliere, indem er für eine solche kulpose Handlung durch hoch berechnete aestimatio büße, von einem Verluste des Wahlrechts aber nirgends in den Gesetzen die Rede sei, vgl. bes. Zimmern a. a. O. S. 333 fgg., *de Brassier* §. 10. u. s. auch *Molitor* I. p. 300, Mommsen a. a. O. S. 317. Es scheint als wenn man keiner dieser Ansichten beistimmen könnte. Die erstere, wonach die kulpose Vernichtung gleichsam als Ausübung des Wahlrechts aufzufassen wäre, ist weder natürlich, noch in den Gesetzen begründet; denn, wenn sich Thibaut dafür auf l. 105. de V. O. und l. 72. de solut. (46, 3) beruft, so kann aus diesen Stellen nur der davon sehr verschiedene Satz abgeleitet werden, daß dann, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, und er durch Anbieten eines der Objekte den Gläubiger in eine mora accipiendi versetzt, dieses auf Gefahr des Gläubigers stehe, und also mit seinem Untergange die ganze obligatio erlösche; und nur für diesen sehr natürlichen Satz führt auch wirklich *Kurrer* cit. c. 7. n. 37 sqq. (§. LIX.), welchen Thibaut mit Unrecht als Gewährsmann für seine Meinung nennt, jene beiden Gesetze an. Aber auch die andre Meinung, daß das Wahlrecht nach der kulposen Vernichtung des einen Objekts noch fortdaure, und der Gläubiger also entweder die aestimatio des vernichteten, oder das übrigbleibende

Objekt wählen dürfe, scheint mir bedenklich. Wenn ein Objekt durch Zufall untergeht, so erlöscht ganz entschieden jenes Wahlrecht, und der Gläubiger darf nichts als das vorhandene fordern; sollte sich dieses im Falle der kulposen Vernichtung von Seiten des Gläubigers anders verhalten? Mir scheint demnach die natürlichste, und durch die Entscheidung der l. 95. §. 1. de solut. wesentlich unterstützte Ansicht die zu sein, daß der Gläubiger in einem solchen Falle durchaus nur das übrigbleibende fordern darf, und für das vernichtete vollständigen Ersatz nach den Grundsätzen der lex Aquilia prästiren muß; s. auch Sintenis II. S. 470. Nimmt man diese Meinung an, so gehen daraus auch wichtige Folgen für den andren, jetzt noch zu betrachtenden Hauptfall hervor, wenn beide Objekte zu Grunde gehen. Wenn nämlich

A. Das erste durch culpa des Gläubigers, das zweite durch casus untergeht, so nehmen sowohl Thibaut als Zimmern, obwohl Beide aus verschiedenen Gründen an, daß zwar die obligatio jetzt erloschen, aber der Gläubiger auch zu keinem Schadenersatz verpflichtet sei. Ich muß dies nach dem vorhergehenden für irrig halten. Durch die kulpose Vernichtung des einen Objekts ist der Gläubiger unbedingt zum Schadenersatz verpflichtet, und die oblig. alternativa ist zu einer simplex geworden. Geht nun das übriggebliebene Objekt, welches jetzt allein noch in obligatione ist, durch Zufall unter, so wird dadurch der Schuldner vollständig liberirt, ohne daß dies auf die einmal begründete Verbindlichkeit des Gläubigers zum Schadenersatz irgend einen Einfluß äußern kann. Es ist also dieser Fall ganz eben so zu entscheiden, wie der oben bei I. 3. A. erörterte, wenn der Schuldner die Wahl hat, und eines der Objekte durch Kulpa des Gläubigers, und hierauf das andre durch casus zu Grunde geht; und diese gleiche Entscheidung ist auch gewiß sehr verständig, indem man nicht wohl einsehen kann, wie das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht einen so sehr großen Einfluß äußern dürfte, wie dies nach jenen anderweiten Ansichten der Fall sein müßte. Nur in Betreff der Taxation des Schadens müssen in unsrem Falle begreiflich andre Gesichtspunkte eintreten, als in dem Falle, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat, indem dabei auf den etwaigen höhern Werth des nachher zufällig zu Grunde gegangenen Objekts schlechthin keine Rücksicht genommen werden darf. Nehmen wir wieder das Beispiel der l. 55. ad leg. Aquil., wonach Stichus im Werth von 10 oder Pamphilus im Werth von 20 alternativ versprochen werden sind. Tödtet der Gläubiger den Stichus, und stirbt nachher der Pamphilus, so muß der Gläubiger, wenn der Schuldner die Wahl hat, nicht blos 10, sondern 20 als Entschädigung zahlen, während, wenn dem Gläubiger

das Wahlrecht zusteht, derselbe immer nur zu einem Schadenersatz von 10 verpflichtet ist.

B. Wenn das erste Objekt durch casus, das zweite durch culpa des Gläubigers zu Grunde gegangen ist, so kann verständiger Weise eine Meinungs-Verschiedenheit bei Entscheidung dieses Falls nicht eintreten. Durch den kasuellen Untergang des einen Objekts ist nämlich anerkannter Weise die alternative Obligation eine simplex geworden, und wenn nun der Gläubiger das andre Objekt, welches jetzt allein in obligatione ist, kulpos vernichtet, so muß Alles gerade so gehalten werden, wie wenn dieses zweite Objekt von jeher das einzige gewesen wäre, d. h. der Schuldner wird vollständig liberirt, wogegen aber auch der Gläubiger nur dann und nur insoweit zu einem Schadenersatz verpflichtet ist, als das nach gewöhnlichen Grundsätzen zu berechnende Interesse des Schuldners den Sachwerth dieses zweiten Objekts übersteigt. Also auch dieser Fall muß im Prinzip ganz so entschieden werden, wie der ähnliche, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat (I. 3. B.), nur daß auch hier natürlich die Taxation des Schadens wegen des dem Gläubiger zustehenden Wahlrechts sich anders gestalten, und namentlich die oben aus den Endworten der l. 55. ad leg. Aquil. abgeleitete Entscheidung hierbei nicht Platz greifen kann, so wie denn auch in unsrem Falle von selbst wegfällt, was aus der *facultas* alternativa des zur Wahl berechtigten Schuldners hervorgeht.

C. Werden beide Objekte durch Kulpa des Gläubigers vernichtet und zwar zu verschiedenen Zeiten, so nimmt Thibaut an, daß das zuerst vernichtete als empfangen anzunehmen, das letzte aber vom Gläubiger zu bezahlen sei, während Zimmern demselben das Wahlrecht gestattet, für welches von beiden er Entschädigung geben wolle. Aus unsren vorhergehenden Erörterungen folgt aber von selbst, daß der Gläubiger vielmehr für das zuerst vernichtete unbedingt zum Schadenersatz verpflichtet ist, und möglicher Weise auch noch wegen des zweiten von ihm zerstörten Objekts ex lege Aquilia haftet, wenn und soweit die Interessenforderung des Schuldners den reinen Sachwerth des zweiten Objekts übersteigt, was hier freilich viel seltener vorkommen wird, als in dem entsprechenden oben bei I. 3. C. erörterten Falle, wenn der Schuldner die Wahl hat. — Sind die beiden Objekte gleichzeitig durch den Gläubiger vernichtet worden, so ist die angemessenste Entscheidung die, daß der Gläubiger für beide Objekte nach den Grundsätzen der lex Aquilia zum Schadenersatz verpflichtet ist, davon aber den Sachwerth desjenigen Objekts abzieht, welches den meisten Werth hat. —

Die mancherlei Kombinationen, die sich hier noch denken lassen, wie z. B. wenn das eine Objekt durch culpa des Schuldners, das

andre durch culpa des Gläubigers zu Grunde geht, oder wenn mehr als zwei Objekte in der alternativen Obligation begriffen sind, unter welcher Voraussetzung sich eine große Mannigfaltigkeit von Fällen konstruiren läßt, alle diese Kombinationen bedürfen für denjenigen, welcher die der obigen Erörterung zu Grunde liegenden Prinzipien begriffen hat, keiner besondren Ausführung, und werden daher billig übergangen. —

B) Von Geldschulden. §. 570.

Cod. XI. 10. de veteris numismatis potestate. — Koch I. S. 46 fgg., Unterholzner I. S. 230 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 55 fgg., G. Hufeland über die rechtl. Natur der Geldschulden (1807); neu herausgegeben von A. Hufeland, Berl. 1851, Savigny I. S. 403 fgg. bes. S. 440 fgg. und Souchay in Gieß. Zeitschr. N. F. IX. S. 340 fgg.

Anm. Ueber die Frage, welchen Einfluß eine Münzveränderung auf die Zahlung einer Geldschuld äußere, haben wir eine reiche Literatur, vgl. die zahlreichen Schriften bei *Lipen* und dessen Fortsetzern s. v. monetae mutatio. Hervorzuheben ist besonders *Fels* (praes. Schrader) quid debito pecuniario contracto praesertim mutationib. circa pec. interim factis, solvendum sit? Tüb. 1814. und Pfeiffer prakt. Ausf. I. Nr. 7, VII. Nr. 5. Die neueste Abh. von *Mees*, de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitae. Roterod. 1838. beschäftigt sich zum größten Theile mit französ. Rechte. — Es kommt hierbei hauptsächlich auf folgende Punkte an:

I. Wenn von einer Geldschuld im eigentlichen Sinne die Rede ist, d. h. wenn die Schuld blos auf eine gewisse Summe gerichtet ist, so gilt die natürliche Regel, daß der Schuldner das Recht hat, in jeder beliebigen Münze die Zahlung vorzunehmen, vorausgesetzt nur, daß sie wirklich gangbar ist; denn kassirte oder ausländische Münzen, die im Inlande keinen Kurs haben, sind gar nicht als Geld zu betrachten, und dürfen daher dem Gläubiger, auch wenn gegen ihren Metallwerth nichts eingewendet werden kann, niemals aufgedrungen werden, vgl. auch l. 24. §. 1. de pignor. act. (13, 7). Da Scheidemünzen so ausgeprägt zu werden pflegen, daß ihr wirklicher Metallgehalt viel geringer ist, als ihr Nominalwerth, so daß ihre Bestimmung im Verkehr nicht eigentlich die ist, Träger eines bestimmten Werths zu sein, sondern vielmehr die andre, als Aus-

gleichungs-Zeichen zu dienen, so ist der Schuldner begreiflich auch noch insofern beschränkt, daß er größere Summen nicht in solcher Scheidemünze abtragen darf, und so enthält schon der R. A. zu Regensb. v. 1576. §. 76. die Bestimmung, daß der Gläubiger nicht schuldig ist „in den Zahlungen über 25 fl. (d. i. 58⅓ fl. im 24 fl.-Fuß) an halben Batzen oder andren kleinen-Sorten für Wehrschaft anzunehmen", und ähnliche Bestimmungen kommen auch in neuern Partikulargesetzen vor. Wenn übrigens manche Juristen behaupten, daß von jenem Wahlrechte des Schuldners bei dem Geld-Darlehn eine Ausnahme vorkomme, indem hier immer in denselben Münzsorten, in denen die Zahlung geschehen sei, auch die Rückzahlung erfolgen müsse, so läßt sich dies weder aus der Natur der Sache rechtfertigen — indem doch augenscheinlich die Erfordernisse eines stillschweigenden Vertrags nicht vorliegen —, noch auch durch Gesetze begründen; denn die bekannten gesetzlichen Aussprüche, wonach bei dem Darlehn res *ejusdem generis* zurückgegeben werden sollen, vgl. z. B. l. 3. de reb. cred. (12, 1), führen nur dahin, daß Geld, nicht aber auch, daß eine bestimmte Geldsorte zurückerstattet werden müsse, cf. *Seneca*, de benef. VI. 5, und eben so wenig beweist auch l. 99. de solut. (46, 3):

> „Creditorem non esse cogendum, in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus est".

Wenn man nämlich auch in dieser vielbesprochenen Stelle (vgl. die Nachweisungen bei Glück XII. S. 66. Not. 74. und *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. [tom. VII. p. 126.], u. s. auch noch *Fels* cit. p. 32. not. a. und Savigny I. S. 470 fg.) die allerdings natürlichere Lesart: *creditorem* beibehält, vgl. auch Basil. XXVI. 5. 99, so muß hier doch immer ein besondrer Vertrag über die Münzsorte subintelligirt werden, und es ist ganz willkührlich, die Worte in aliam formam gerade mit quam qua *dedit* ergänzen zu wollen, da die Ergänzung des Gedankens mit quam qua *pactus est* eben so nahe liegt; überdies lies't aber die Florent. „*Debitorem* non esse" etc., und auch diese Lesart gibt einen guten Sinn, wenn man unter dem debitor den künftigen Schuldner, den debiturus versteht, und einen Vertrag über die Münzsorten supponirt. — Wieviel aber von der gewählten Münzsorte der Schuldner zu zahlen habe, muß nach dem einfachen Grundsatze bemessen werden, daß so viele Münzstücke gegeben werden müssen, daß dieselben nach ihrem äußeren Werthe im Augenblicke der Zahlung, die schuldige Summe erfüllen; ein Grundsatz, der zwar sehr häufig geläugnet wird (vgl. unter den Neueren bes. Glück XII. S. 67 fgg. und die zahlreich dort Zitt. und *Mees* cit. p. 30 sqq.), der aber doch unleugbar aus dem richtig verstandenen Wesen des Geldes und der Geldschuld mit Nothwendigkeit hervorgeht, vgl. auch *Fels* cit. cap. 4., bes. p. 65 sqq.

Pfeiffer a. a. O. S. 64 fgg., Hufeland a. a. O. S. 25 fgg., Savigny S. 442 fgg. und auch *Mees* cit. p. 38 sqq. muß anerkennen, daß dieser Grundsatz den Ansichten des römischen Rechts über Geld durchaus angemessen sei. Unter dem äußeren Werthe ist aber keineswegs immer der Nennwerth, d. i. derjenige Werth, welcher der Münze nach der Absicht ihres Urhebers beizulegen ist, sondern vielmehr regelmäßig der Kurswerth zu verstehen: denn dies ist bei ausländischen Münzen immer, und bei inländischen wenigstens dann der Fall, wenn der Nennwerth durch kein Zwangsgesetz fixirt ist. (Daß dieses von jeher meine Ansicht war, wenn ich es auch nicht so ausdrücklich, wie jetzt hervorgehoben hatte, geht mit Evidenz aus den folgenden, unverändert aus den früheren Auflagen in die gegenwärtige herübergenommenen Erörterungen, namentlich bei der gleichfolgenden Nr. 1. hervor, so daß ich nicht wohl einsehen kann, weßhalb Savigny S. 478. mich zu den Vertheidigern der Ansicht zählt, daß bei Geldschulden immer blos der Nennwerth zu berücksichtigen sei). Wenn also

1) blos der innere Werth der vom Schuldner gewählten Münzsorte nach kontrahirter Geldschuld sich geändert hat, der äußere aber beibehalten ist, so ist jene Veränderung ohne allen Einfluß, und wenn also z. B. der Schuldner, welcher 1000 Fl. in vollwichtigen Münzen erhalten hat, diese Summe in neuen Thalerstücken, die zwar den vollen äußeren Werth haben, aber nicht ganz vollwichtig sind, zurückerstattet, so hat zwar der Gläubiger weniger Metallwerth zurückerhalten, als er weggegeben hat, aber doch gerade so viel Geld, worauf es ja doch bei einer Geldschuld allein ankommt, nnd durch diese einfache Bemerkung erledigen sich von selbst die meisten Argumente der Gegner. Wenn sich dieselben aber noch besonders darauf berufen, daß es in solchen Fällen — wenn bei einer Verschlechterung des innern Werths der äußere bleibe — ein Erfahrungssatz sei, daß sich die Preise der Waaren in demselben Verhältniß erhöhen, und daß also der Gläubiger nur scheinbar eben so viel Geld zurückerhalte, aber nicht wirklich, weil er mit den zurückempfangenen Münzen ja doch nicht so viel ausrichten könne, wie mit den weggegebenen, vgl. Glück a. a. O.: so würde dieses Argument nur in dem äußerst seltenen Falle zutreffen, wenn alle in einem Lande kursirenden Müuzsorten in sehr beträchtlicher Weise schlechter ausgeprägt und ihr äußerer Werth durch Zwangsgesetze in unangemessener Höhe erhalten würde. In einem solchen Falle aber, der nicht wohl anders vorkommen kann, als wenn der Staat sich durch außerordentliche und jedenfalls nur transitorische Maßregeln aus einem wahren Nothstande retten muß, würde es doch augenscheinlich der Intention jener Zwangsgesetze ganz zuwider sein, wenn man dergleichen Müuzen bei Zahlung

von Geldschulden auf ihren innern Werth zurückführen wollte, und wie der Staat selbst bei allen seinen Schulden die neue Münze als vollwichtig ansieht, und die Unterthanen sie aus seinen Händen als vollwichtig empfangen, so muß es diesen Empfängern auch gestattet sein, sie wieder als vollwichtig an ihre Gläubiger zu verausgaben.

2) Wenn umgekehrt blos der äußere Werth der Münzen sich verändert hat, so führen die bisherigen Erörterungen von selbst zu dem Grundsatze, daß der Schuldner gerade nur den äußern Werth zu Grunde legt, den die gezahlten Münzstücke im Augenblicke der Zahlung haben, ohne daß dabei irgend der größere oder geringere äußere Werth, den dieselben im Augenblicke der Entstehung der Schuld hatten, zu berücksichtigen ist. Freilich sind auch hier die Meinungen unsrer Juristen sehr getheilt, und so nehmen Viele, wenn der äußere Werth inzwischen gestiegen ist, an, daß der Schuldner dennoch soviel Münze zurückzahlen müsse, wie er im Augenblicke der entstandenen Schuld hätte zahlen müssen, Glück a. a. O. S. 84 fgg. und die dort Angeff., und wenn der äußere Werth inzwischen gefallen ist, so soll auch hier nach Manchen die Zeit des Kontrakts, nicht die der Zahlung entscheiden, *Mees* cit. p. 30 sqq., während nach Andren unterschieden werden soll, ob mit dem Abfalle des äußeren Werths auch der Preis der Waaren verhältnißmäßig gefallen sei, oder nicht, so daß im ersten Falle die Zeit des Kontrakts, im zweiten die der Zahlung zu Grunde gelegt werden müsse. Glück S. 86 fgg. Einer besondern Widerlegung bedürfen aber diese verschiedenen Ansichten in keiner Weise.

3) Wenn der Münzfuß verändert ist, so versteht es sich von selbst, daß zunächst immer die Größe der schuldigen Summe in Gemäßheit des neuen Münzfußes ermittelt werden muß, worauf dann die Zahlung der einzelnen Münzstücke gerade so geschieht, wie wenn die durch jene Reduktion gefundene Summe von Anfang an geschuldet wäre. Setzen wir, es ist eine Geldschuld von 100 Thalern zu einer Zeit entstanden, wo der 18 Guldenfuß herrschte, und nach Einführung des 21 Guldenfußes soll die Zahlung erfolgen. Hier ist die nächste Prozedur, daß man nach der Proportion $18 : 100 = 21 : X$ die jetzt wirklich schuldige Summe aufsucht, also $= 116\frac{2}{3}$ Thaler, und diese so gefundene Summe ist nun in beliebigen Münzen nach ihrem dermaligen äußern Werthe gerade so zu zahlen, wie wenn der Schuldner unter der Herrschaft des neuen Münzsystems $116\frac{2}{3}$ Thaler schuldig geworden wäre.

4) Daß auch die Veränderung des Tauschwerthes auf Geldschulden von Einfluß sein dürfe, wird von den Meisten verneint, und soviel versteht sich freilich ganz von selbst, daß eine blos momentane Theurung oder Wohlfeilheit, welche auf zufälligen vorübergehenden

Gründen beruht, schlechthin irrelevant ist. Es ist aber bekannt, in welch' beträchtlicher Weise der Werth des Geldes im Lauf der Zeiten, insbesondre in den drei letzten Jahrhunderten gesunken ist, und da wird denn namentlich für Erbpachtungen und ähnliche Verhältnisse die Frage von großer Bedeutung, ob nicht auf diese bleibende Veränderung gebührende Rücksicht zu nehmen sei? Gesetzt, vor einigen 100 Jahren ist ein Gut in Erbpacht gegeben worden mit einem jährlichen Kanon von 100 Thalern, und es läßt sich nachweisen, daß man damals diese Summe als vollkommen passendes Aequivalent für die Früchte ansah, die h. z. T. mit 300 bezahlt werden würden; kann hier der Eigenthümer eine verhältnißmäßige Erhöhung des Kanon fordern? Behält man den eigentlichen wahren Werth des Geldes, als allgemeines Tauschmittel im Auge, und faßt man mehr den Sinn des Vertrags, als die Worte desselben auf, so möchte sich das Recht zur Erhöhung in einem solchen Falle wohl schwerlich in Abrede stellen lassen, obwohl freilich der praktischen Geltendmachung eines solchen Rechts die größten Schwierigkeiten in den Weg treten werden, denn ein genügender juristischer Beweis über das Verhältniß des Tauschwerths in den verschiedenen Zeiten wird kaum geführt werden können.

II. Wenn die Schuld auf *eine gewisse Summe in einer bestimmten Münzsorte* geht. Auch in diesem Falle ist eine wahre Geldschuld vorhanden, und es müssen daher alle bei I. dargestellten Grundsätze zur Anwendung kommen, mit der einzigen sich von selbst verstehenden Beschränkung, daß der Schuldner hier nicht unter den verschiedenen Münzsorten zu wählen hat, sondern gerade die obligationsmäßig bestimmte leisten muß. Existirt dieser nicht mehr oder könnte sie doch nur mit unverhältnißmäßigem Aufwande aufgebracht werden, oder läßt sich nachweisen, daß der Gläubiger an der Zahlung in dieser bestimmten Sorte kein verständiges Interesse hat (l. 99. de solutionib.), so darf der Schuldner auch in andern Sorten zahlen, obwohl es doch, wenigstens in den beiden ersten Fällen, die Natur der Sache mit sich zu bringen scheint, daß die substituirte Sorte sich möglichst der obligationsmäßig bestimmten annähere.

III. Ganz anders ist aber der Fall zu behandeln, wenn *eine bestimmte Stückzahl von Münzen einer bestimmten Sorte* Gegenstand der Schuld ist. Allerdings ist es auch in einem solchen Falle möglich, daß nach der wahren Absicht der Interessenten hiermit nur die Größe der schuldigen *Summe*, und die *Geldsorte* in welcher die Schuld zu zahlen ist, ausgedrückt werden soll, und wenn dies wirklich nachgewiesen werden kann, so müssen natürlich die Regeln unter Nr. II. zur Anwendung kommen, *Sintenis* II. S.

65 fg. Regelmäßig ist aber in einem solchen Falle gar keine eigentliche Geldschuld vorhanden, so daß eine Summe wahrer Gegenstand der obligatio wäre, sondern die einzelnen Münzstücke gelten hier wie gewöhnliche res fungibiles, deren Quantität und Qualität, ohne alle Rücksicht auf ihren äußern Werth, schlechthin nach dem Augenblicke der Entstehung der obligatio zu bemessen ist, und wenn also z. B. Jemand 100 Stück Kronthaler im Jahre 1840 schuldig geworden ist, so muß er jetzt 100 Stück dieser Sorte, die denselben Metallgehalt haben, wie in jener Zeit, zahlen, einerlei, ob der äußere Werth sich indessen verändert hat, oder nicht, gerade so, wie derjenige. welcher etwa zu jener Zeit 100 Scheffel Korn schuldig geworden ist, jetzt zur Zeit der Zahlung 100 Scheffel eben so guten Getreides geben muß, ohne alle Rücksicht auf die etwaige Verschiedenheit des Preises von damals und jetzt. Es leuchtet also ein, daß in solchen Fällen bei der Zahlung nur, aber auch immer auf den innern Werth der Metallstücke zur Zeit der kontrahirten Schuld gesehen werden muß, während ein Steigen oder Fallen des äußern Werths ganz irrelevant ist; und selbst, wenn die in Frage stehende Münzsorte kassirt wäre, würde dies der Zahlung in derselben schlechthin nicht im Wege stehen, denn das, was hier wirklich in obligatione ist — Metallstücke von gewissem Inhalt und Gepräge — ist ganz unabhängig von der äußern Geltung dieser Stücke als Geld, und die l. 24. §. 1. de pign. act. spricht nur von eigentlichen Geldschulden, nicht von unsrem Falle, vgl. auch *Fels* cit. p. 42. — Ist es aber dem Schuldner unmöglich, oder doch wenigstens äußerst schwierig, gerade Münzstücke der schuldigen Sorte aufzutreiben, so muß er die aestimatio prästiren, und dabei wird denn zu unterscheiden sein, ob doch jene Münzsorte noch im Verkehr ist, und einen äußern Werth behauptet — was begreiflich sehr wohl vorkommen kann, obwohl sie so selten an einzelnen Orten geworden ist, daß größere Summen in derselben nicht leicht zusammengebracht werden können —, oder ob sie ganz aus dem Verkehr verschwunden ist. Im erstren Falle muß die aestimatio nach dem äußeren Werthe, den jene Stücke jetzt im Augenblicke der Zahlung haben, bestimmt werden, und es würde ganz fehlerhaft sein, hier auch wieder den innern Werth zu Grunde legen zu wollen, indem ja überall, wo die aestimatio an die Stelle des eigentlichen Obligations-Objekts tritt, der Geldwerth desselben ermittelt werden muß. Im andren Falle, wenn die bedungene Münzsorte ganz aus dem Verkehr gewichen ist, kann begreiflich Stücken dieser Sorte kein andrer, als der innere Metallwerth beigelegt werden, und es muß daher jetzt als aestimatio soviel gangbares Geld gezahlt werden, daß dasselbe als justum pretium des in den schuldigen Münzstücken enthaltenen Metallgehalts betrachtet werden kann. Vgl.

bes. *Fels* cit. §. 15 sqq., u. s. auch Pfeiffer a. a. O. §. 9. a. E., *Mees* cit. p. 36.

IV. Wenn die Schuld auf eine gewisse Summe in einer gewissen Sorte kontrahirt, und zugleich angegeben wird, wie das Stück dieser Sorte berechnet werden soll, so kann auch dieses möglicher Weise nur den Sinn haben, daß damit nur Summe und Sorte bezeichnet werden soll (was namentlich meistens dann der Fall sein wird, wenn der angegebene Werth dem wirklichen äußeren Werthe völlig entsprechend ist), und dann sind natürlich die Regeln unter Nr. II. in Anwendung zu bringen. In der Regel aber ist dies sicher nur ein andrer Ausdruck für eine Schuld auf eine gewisse Stückzahl, *Mees* cit. p. 36, und es treten dabei also ganz die Grundsätze bei III. ein. Wenn ich mich also z. B. verpflichte, 100 Thaler in Louis d'or, das Stück zu 5 Thalern, oder 150 Thaler in Kronthalern, das Stück zu 1½ Thaler, zu zahlen, so ist dies gerade soviel, als hätte ich 20 Stück Louis d'or, oder 100 Stück Kronthaler versprechen.

V. Endlich kann es noch vorkommen, daß einzelne Münzstücke *in specie* Gegenstand der Obligation sind, wie namentlich im Falle eines depositum, commodatum, legatum, vgl. z. B. l. 28. de usufr. (7, 1), l. 4. commod. (13, 6), l. 34. §. 4. de legat. I., l. 94. §. 1. de solut. (46, 3), und hier versteht sich die einfache Regel von selbst, daß der Schuldner stets diese individuellen Münzstücke zu leisten hat, einerlei ob sich seit Entstehung der obligatio der äußere Werth derselben verändert hat, oder nicht, und ob sie inzwischen etwa kassirt sind, oder nicht. Hätte der Schuldner durch eine ihm anzurechnende culpa den innern Werth dieser bestimmten Münzstücke verringert, oder hätte er sich die ihm obliegende Leistung kulposer Weise unmöglich gemacht, oder wäre er in einer mora solvendi; so ändert sich freilich durch alles dieses seine Verbindlichkeit, aber dabei tritt nichts Eigenthümliches ein, sondern es entscheiden blos die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz und Mora, vgl. *Fels* cit. §. 11 sqq.

C) Verbindlichkeit zum Schadenersatze. §. 571.

Cod. VII. 47. de sententiis, quae pro eo quod interest, proferuntur. — *Caliani*, de eo quod interest (1541) in Meerm. thes. VII. p. 775 sqq., *Donell.* ad leg. Just. de sententiis etc. (1561), in opp. tom. IX. p. 809 sqq., und in dessen comment. jur. civ. lib. XXVI. c. 13 sqq., *de Gast*, comm. in tit. C. de sententiis etc. (1578) in Meerm. thes. VI. p. 762 sqq., *Magni*, rat. et

differ. jur. civ. (1602) lib. II. de eo quod interest, in Meerm. thes. III. p. 294 sqq., *Valii*, lib. singular. ad l. un. C. de sent. etc. (1609), in Otton. thes. I. p. 421 sqq., *Wehrn*, doctr. juris explicatrix principiorum et causarum damni, Lips. 1795, *Euler*, (praes. *Malblanc*) observatt. quaedam de eo quod interest. Tub. 1801., Schöman, Lehre vom Schadenersatz, 2. Th. Gieß. 1806 (s. auch dessen Handb. d. Zivilr. I. Nr. 5.), Hänel, Vers. einer kurzen und faßl. Darst. der Lehre vom Schadenersatz. Leipz. 1823, J. N. v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatze nach röm. Rechte. Heidelb. 1841. — Vgl. auch Koch I. S. 185 fgg., Unterholzner I. S. 253 fgg., Sintenis II. S. 67 fgg., *Molitor* I. p. 397 sqq.

Anm. 1. In Betreff der Frage, ob auch dann Jemand einen durch seine Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, wenn er auf der andren Seite dem Beschädigten Vortheile verschafft habe, oder ob vielmehr in einem solchen Falle eine Kompensation des Schadens und des Vortheils Platz greife? scheinen sich die Gesetze zu widersprechen. Während nämlich Ulpian in l. 23. §. 1. pro socio (17, 2):

„Idem [Pomponius] quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait, compensandum. Quod non est verum, nam et Marcellus libro VI. Dig. scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestiturum, nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno; et ita D. Marcum pronunciare, nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis". (Ueber die oft, aber gewiß mit Unrecht angefochtene Lesart in den letzten Worten s. die Nachweisungen bei Glück XV. S. 439. Not. 68. und *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l.),

die Kompensation verwirft bei einem Schaden, welchen ein Gesellschafter durch seine Schuld herbeigeführt hat, und zwar mit ausdrücklicher Verwerfung einer abweichenden Ansicht des Pomponius, vgl. auch l. 25. 26. pro socio: findet sich eben von diesem Pomponius in l. 11. fin. de negot. gest. (3, 5):

„Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet",

die Entscheidung, daß eine Kompensation Statt finde, wenn es sich um einen kasuellen Schaden handle, den ein negotiorum gestor durch

ein gewagtes Geschäft angerichtet habe, während daraus in andrer Beziehung ein Vortheil erwachsen sei. Viele nehmen mit *Cujac.* ad lib. 2. Paul. quaes. l. 42. de act. emt. vend. (in opp. V. p. 918.) eine wirkliche Antinomie an, wobei die durch kaiserliches Reskript unterstützte und mit ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Lehre des Pomponius ausgesprochene Ansicht des Ulpian und Paulus unbedenklich als die eigentlich von Justinian rezipirte angenommen werden müsse; Andre wollen dagegen durch Distinktionen helfen, indem sie bald zwischen einem kulposen und einem kasuellen Schaden unterscheiden, vgl. z. B. *Cocceji*, jur. civ. controv. lib. XVII. tit. 2. qu. 5, Fritz, Erläutr. II. S. 73, bald den Fall, wenn Schaden und Gewinn aus einem und demselben Geschäfte hervorgehe (l. 11. cit.), von dem andren trennen, wenn mehrere verschiedene Handlungen vorgekommen sind (l. 23. §. 1. cit.), vgl. z. B. *Huber*, Eunomia Rom. p. 623. Das Richtigste scheint zu sein, mit A. Faber die anscheinend widerstreitenden Stellen dadurch zu vereinigen, daß man unterscheidet, ob die Handlung, aus welcher der in Frage stehende Vortheil hervorging, ganz freiwillig ist, oder ob durch die Vornahme derselben der Handelnde nur seine Pflicht erfüllt. Im letztren Falle, welcher offenbar bei socii eintritt — indem diese zur Besorgung der Sozietäts-Angelegenheiten verpflichtet sind — fällt die Kompensation begreiflich hinweg; im erstren aber, der bei einem negotiorum gestor Platz greift, findet eben so natürlich die Kompensation Statt.

Anm. 2. Ob Jemand, welcher durch einen Wahnsinnigen beschädigt worden ist, aus dem Vermögen desselben Schadensersatz fordern könne, ist nicht unbestritten; denn wenn auch die Meisten dies leugnen, so lassen doch Viele eine *actio in factum* zu (vgl. *Diedemann*, observationum ad doctr. jur. civ. de damno et pauperie pertin. biga. Lips. 1804. cap. 1. und die dort in Not. 5. Zitt., u. s. auch die bei Glück I. S. 67. Not. 20. X. S. 295. Not 74. Angeff.), und Andre wollen hier sogar eine utilis actio *de pauperie* für anwendbar halten, vgl. namentlich Schöman, Handb. des Zivilr. I. S. 202 fgg. Läßt man sich nicht durch vorgefaßte rechtsphilosophische Ansichten bestimmen (über die sehr von einander abweichenden Meinungen in dieser Hinsicht vgl. die Nachweisungen bei Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Tüb. 1838. S. 238 fgg. bes. S. 243 fgg.), und strebt man nicht, die Grundsätze des ältern germanischen Rechts (s. darüber Tonsen, das allgem. posit. Privatr. S. 230 fgg. und Hepp a. a. O. S. 118 fgg.) auch im römischen wieder zu finden, sondern hält man sich rein an die Bestimmungen dieses letztren, so muß man unbedenklich dem durch einen Wahnsinnigen Beschädigten jeden Anspruch auf Entschädigung aus dem

Vermögen dieses Wahnsinnigen absprechen, obwohl natürlich gegen nachläßige Wächter desselben eine Regreßklage zuläßig ist, l. 14. de offic. praesid. (1, 18). Am schärfsten ist dieser Gesichtspunkt ausgesprochen in l. 61. fin. de adm. et per. tut. (26, 7), wo dann, wenn eine hereditatis petitio gegen einen wahnsinnigen Erbschaftsbesitzer angestellt wird, und dieser Erbschaftssachen beschädigt oder vernichtet hat, dem Kläger aller Anspruch auf Entschädigung abgesprochen wird; „impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, *quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset*". Die Meinung von *Diedemann* cit. p. 8. not. 20, daß hier nicht von einer Handlung des Wahnsinnigen selbst, sondern von einer kulposen Handlung des insolventen Kurators des Wahnsinnigen die Rede sei, bedarf kaum einer besondren Widerlegung, indem schon die Worte („quod per furorem alicujus accidit"), insbesondre aber der von Pomponius angegebene Entscheidungsgrund bestimmt auf eine eigene Handlung des Wahnsinnigen hinweisen. Während der Jurist in den unmittelbar vorhergehenden Worten allerdings den Fall entscheidet, wenn durch eine Handlung des Kurators etwas aus der Erbschaft abhanden kommt, soll offenbar in den ausgezogenen Worten auf die weiter oben aufgeworfene Frage geantwortet werden: „De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid ne in rerum natura esset, per furorem ejus accidisset: tu quid putas?" und es ist dies um so unzweifelhafter, da sonst auf diese Frage keine Antwort in der Stelle vorkäme. — Mit der l. 61. cit. ist zu verbinden l. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), wo die a. legis Aquil. gegen einen Wahnsinnigen abgesprochen wird, nicht anders, „quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, *aut si tegula ceciderit*", und außerdem ist noch zu vergleichen l. 60. de R. V. (6, 1): „Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est". Was man gegen diese so bestimmten gesetzlichen Aussprüche anführt, ist kaum einer Widerlegung werth. Wenn man nämlich l. 151. de R. J.: „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet" so verstehen will, daß Jeder zum Schadenersatz verpflichtet sei, welcher eine schadende Handlung vornehme, zu der er kein Recht habe, und dann daraus folgert, daß auch der Wahnsinnige Ersatz leisten müsse, weil er ja doch offenbar nicht zur Vornahme der schadenden Handlung berechtigt sei: so ist dies augenscheinlich gegen den Sinn jener Stelle, indem dort nur gesagt ist, daß derjenige keinen Schaden im juristischen Sinn anstifte, welcher ein Recht zu der fraglichen Handlung habe. Etwas scheinbarer ist die l. 46. de O. et A.:

„Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate, veluti si communem

fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit; nam judicio communi dividendo obligabuntur".

Dürfte man freilich mit den Gegnern annehmen, daß die Worte vel damnum in eo dederit auch auf den furiosus gehen, so müßte man eine Verbindlichkeit desselben aus seinen schädlichen Handlungen wohl anerkennen; aber jene Voraussetzung ist sicher irrig, denn während der Jurist bei dem einen Beispiel: si aliquid in fundum communem impendero, beide, den furiosus und den pupillus, nennt, führt er bei dem andren: si damnum in eo dederit, ausdrücklich nur den pupillus an, so daß vielmehr aus dieser Ausdrucksweise offenbar ein Argument für unsre Meinung entlehnt werden muß. Ganz scharf und tadellos ist freilich die Sprache dieses Fragments nicht, theils, weil die Eingangsworte streng genommen zu dem Satze führen könnten, daß ein Wahnsinniger und ein Unmündiger immer obligirt würden, si actio ex re venit, während Paulus gewiß nur sagen will, daß in solchen Fällen eine obligatio möglich ist, theils weil in dem Beispiel: si damnum in eo pupillus dederit, das Wort *pupillus* zu allgemein ist, indem darunter offenbar nur der pupillus culpae capax verstanden werden darf. — Wenn sich außerdem Diedemann cit. noch auf l. 33. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2): „In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio" beruft, vgl. auch l. 11. de praescript. verb., und daraus die Zuläßigkeit einer actio in factum auch für solche Schäden ableiten will, die ein Wahnsinniger anstiftet, so ist dies darum unhaltbar, weil der Jurist hier offenbar nicht bei allen Beschädigungen ohne Ausnahme die actio in factum zulassen will — denn wozu dienten sonst die vielen feinen Untersuchungen der römischen Juristen im Titel ad legem Aquiliam über die Frage, ob eine solche Klage in einem konkreten Falle statthaft sei —, sondern nur bei solchen, die zwar nicht unter die Worte der lex Aquilia passen, die aber doch nach den Grundsätzen der Analogie darunter zu subsumiren sind, und dadurch sind denn namentlich alle diejenigen Beschädigungen ausgeschlossen, die von einem Zurechnungslosen ausgehen. Endlich ist auch die Berufung auf l. 25. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1) ganz unstatthaft, denn hier ist von einer freien, obwohl freilich schuldlosen Handlung die Rede, durch welche Jemand einer speziellen ihm obliegenden Verbindlichkeit zuwider handelt, und wenn hier eine Entschädigungs-Verbindlichkeit ausnahmsweise anerkannt wird, „ne factum cujusquam alteri damnum afferat", so darf daraus, ungeachtet dieser offenbar zu weiten ratio, unmöglich ein Schluß gemacht werden auf die völlig unfreien Handlungen eines Wahnsinnigen. Vgl. auch Weber, natürl. Verb. §. 71. (2. Ausg. S. 294 fgg.), Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 8. (1. Ausg. S. 210)

und in Braun's Erörtr. S. 273 fgg., Glück I. S. 67 fgg., v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 101 fgg., Hänel a. a. O. §. 10, Fritz. Erläutr. II. S. 73 fgg., Hepp a. a. O. S. 18 fgg. — Die Gründe Schöman's a. a. O. für die Anwendbarkeit einer utilis actio de pauperie gegen einen Wahnsinnigen sind vollständig folgende: In l. 1. §. 3. si quadrupes pauperiem fec. dic. (9, 1) werde pauperies definirt als ein „damnum sine injuria facientis datum“, was offenbar auch die schadende Handlung eines Wahnsinnigen umfasse; in l. 4. eod. heiße es: „haec actio utilis competit, si non quadrupes sed *aliud animal* damnum dedit“, und dies passe doch gewiß auch auf den furiosus, der, so lange er wahnsinnig sei, nichts anderes sei, als ein animal quod sensu caret, wie er denn auch in l. 5. §. 2. ad leg. Aquil. mit einem quadrupes (— aber auch mit einer tegula! —) verglichen werde; endlich könne ja doch ein furiosus auch wegen einer pauperies seines Pferdes &c. mit der actio de pauperie belangt werden, warum sollte er nicht für sich selbst haften? Wer noch nach einer besonderen Widerlegung dieser fast lächerlichen Argumente verlangt, der vgl. Glück X. S. 294 fgg. und v. Wening, Schadenersatz S. 51 fgg.; ihr Urheber scheint später selbst die Unhaltbarkeit derselben eingesehen zu haben, s. Schöman's Fragmente S. 124.

Anm. 3. Bei der Frage, was zu ersetzen sei? hängt natürlich die Beantwortung zum größten Theile von Unterscheidung der Gründe ab, auf welchen die Verbindlichkeit zum Ersatze beruht. Ist dieselbe vertragsmäßig übernommen worden, so muß der Inhalt des einzelnen Vertrags über den Umfang der Verbindlichkeit entscheiden, und demnach wird gewiß in den meisten Fällen nach der Absicht der Paziszenten der Ersatz auf die vera rei aestimatio beschränkt werden müssen, so daß das lucrum cessans und der sonstige mittelbare Schaden dabei außer Betracht bleiben. Man denke nur z. B. in dieser Beziehung an die mancherlei Assekuranz-Gesellschaften unsrer Tage. — Ist die Verbindlichkeit zum Ersatze kasuellen Schadens nicht durch Vertrag, sondern durch unmittelbare gesetzliche Bestimmung begründet, so kann auch wieder nur der Inhalt des speziellen Gesetzes entscheiden, obwohl sich doch auch für diesen Fall die, freilich nur im Allgemeinen wahre Regel aufstellen läßt, daß blos die vera rei aestimatio zu ersetzen ist, vgl. z. B. l. 2. §. 4. de lege Rhodia (14, 2), l. 45. de contr. emt. (18, 1), l. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), l. 19. §. 1. fin., l. 33. fin. locati (19, 2), l. 112. §. 1. de legat. I., l. 25. §. 2. fin. ad SC. Trebell. (36, 1). — Wenn aber die Verbindlichkeit zum Schadenersatze durch widerrechtliche Handlungen herbeigeführt ist, so gilt die durch die Natur der Sache und durch die klarsten Gesetze begründete Regel, daß aller und jeder

Schaden ersetzt werden muß, welcher erweislich ohne die schuldvolle Handlung nicht eingetreten sein würde, vorausgesetzt nur, daß derselbe nicht durch das Zusammentreffen außerordentlicher, gar nicht vorauszusehender Umstände herbeigeführt ist; und zwar ist es hierbei gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit zum Schadenersatz aus einem eigentlichen Delikte, oder aus schuldvoller Verletzung einer Obligation hervorgegangen ist, und wenn Viele im letztren Falle zwischen dolus und bloser culpa unterscheiden wollen, so daß im Falle des dolus aller, im Falle der culpa aber nur der positive Schaden ersetzt werden müsse (vgl. z. B. Glück IV. S. 447 und die da Zitt., Göschen, Vorl. §. 396, Koch I. S. 307 fgg.), so ist dieser angebliche Unterschied so haltlos, und wird durch die in der folgenden Ausführung angegebenen Quellenzeugnisse so entschieden widerlegt, daß eine besondre Würdigung dieser Ansicht unnöthig erscheint. Vielmehr wird in allen diesen Fällen:

1) nicht blos der positive Schaden, der aus der schuldvollen Handlung erwachsen ist, sondern auch der entgangene Gewinn ersetzt, vgl. l. 33. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 2. §. 8. de eo, quod certo loco (13, 4), l. 33. locati (19, 2), l. 11. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 3. §. 11. ne quid in loco publico (43, 8), l. 1. §. 41. de vi et vi armata (43, 16), l. 13. ratam rem haberi (46, 8), l. 7. C. arbitr. tut. (5, 51), l. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest, prof. (7, 47), Dep. Absch. zu Speyer v. 1600. §. 139. Wenn dagegen Ulpian in l. 26. de damno infecto (39, 2) nur den positiven Schaden als wahren Schaden zu betrachten, und den entbehrten Gewinn davon auszuscheiden scheint, und in Betreff des letztren namentlich auch der cautio de damno infecto Wirksamkeit abspricht, „scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur; multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur“, und wenn ähnlich Javolen in l. 71. de furtis (47, 2) demjenigen, welchem nur ein Gewinn entgangen ist, die actio furti abspricht, weil diese nur demjenigen, cujus interest rem non surripi, zustehe, „interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, *non ejus, qui lucrum facturus esset*“: so ist zwar der Wortausdruck in diesen Stellen scheinbar gegen unsre Regel, aber man braucht dieselben nur einiger Maßen aufmerksam in ihrem vollen Zusammenhange aufzufassen, um sich zu überzeugen, daß dieselben im Grunde unsre Frage gar nicht berühren, vgl. auch *Donell.* cit. cap. 10. (opp. IX. p. 845 sqq.), v. Wening, Schadensersatz. S. 287 fgg. — Die Beschränkung ergibt sich aber aus der Natur der Sache, daß nur derjenige entgangene Gewinn ersetzt zu werden braucht, welcher mit Sicherheit nachgewiesen werden kann,

und so spricht z. B. Ulpian in l. 29. §. 3. ad leg. Aquil. (9, 2) demjenigen, dessen ausgespannte Fischnetze zerrissen worden sind, nur eine Entschädigungsklage wegen der zerstörten Netze, nicht auch wegen der entgangenen Fische zu, „quum incertum fuerit, an caperentur“, vgl. auch l. un. C. de sent. (7, 47), l. 2. C. de in lit. jur. (5, 53). Auf der andern Seite kann aber freilich auch keine absolute Gewißheit verlangt werden, sondern es muß genügen, daß der Gewinn in hohem Grade wahrscheinlich, und die Aussicht dazu so begründet war, daß außerordentliche Ereignisse sich hätten ereignen müssen, um sie zu vereiteln, und dahin allein führen auch die gesetzlichen Beispiele von solchem lucrum interceptum, vgl. §. 10. J. de lege Aquilia (4, 31), l. 3. si quadrup. pauper. fec. dit. (9, 1), l. 23. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. ult. de his qui dejec. (9, 3), l. 11. ad exhib. (10, 4), l. 3. de cond. furt. (13, 1), l. 19. de usur. (22, 1), l. 35. pr. de legat. III., Gesterding, Nachforsch. I. Nr. 1.

2) Eben so ist auch nicht blos der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Schaden, also das gesammte Interesse, zu ersetzen, vgl. l. 21. 23. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 10. J. eod. (4, 3), l. 1. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 8. de evict. (21, 2), und als Beispiele davon kommen unter andern vor, wenn Jemand ein Pferd aus einem Viergespanne todtet, und dadurch auch den Werth der übriggebliebenen Thiere vermindert, l. 22. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), wenn dadurch, daß eine schuldige Leistung unterlassen wird, für den Gläubiger noch der Nachtheil entsteht, daß er nun einer ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht genügen kann, und darum eine Konventionalbuße bezahlen, oder hingegebene Pfänder verkaufen lassen muß, l. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13, 4), vgl. l. 22. pr. ad leg. Aquil., wenn die schlechte Beschaffenheit einer schuldigen Leistung noch anderweite Schäden hervorgerufen hat, z. B. durch die Lieferung eines morschen Balken ist ein Haus eingestürzt, durch ein erkauftes krankes Thier ist eine ganze Heerde angesteckt u. dgl. l. 13. §. 1. de act. emti vend. (19, 1). —

Mit diesen Grundsätzen scheinen aber zwei Stellen in entschiedenem Widerspruche zu stehen, nämlich l. 19. de peric. et comm. rei vend. (18, 6):

Hermogenian. „Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit“,

und l. 21. §. 3. de act. emti et vend. (19, 1):

Paulus. „Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo

circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditnm, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, uon servorum fame necatorum consequitur; nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit".

Am leichtesten würde man über diese Schwierigkeit hinwegkommen, wenn man mit *Alciat.* dieselben von einer Eigenheit des Kaufkontrakts verstehen dürfte, eine Ansicht, die auch in unsern Tagen Vertheidiger gefunden hat an Hänel §. 83. und Wolff, Mora S. 449 fgg. Diese Meinung ist aber schon früher gründlich von *Donell* cit. cap. 11. (opp. IX. p. 859 sqq.) widerlegt worden, und in der That läßt sich nicht nur schlechthin kein innerer Grund auffinden, weßhalb gerade bei dem Kaufvertrage eine solche Singularität Statt finden sollte, sondern es wird gerade hierbei mehrfach in den Gesetzen darauf aufmerksam gemacht, daß im Falle verspäteter Leistung das gesammte Interesse vergütet werden müsse, l. 1. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 4, l. 10, l. 12. C. eod. (4, 49). Wenn aber Wolff a. a. O. einen neuen Beweis für das Gegentheil in Vat. fragm. §. 2. aufgefunden zu haben glaubt, so ist zwar dort allerdings gesagt, daß ohne alle Rücksicht auf Mora der Verkäufer die bis zur Tradition gezogenen Früchte herausgeben, der Käufer aber nach Empfang der Waare das Kaufgeld verzinsen müsse: wie aber Wolff daraus folgern mag, daß durch eine hinzutretende Mora sich diese Verbindlichkeiten nicht steigern dürften, ist schwer einzusehen. — Eben so wenig kann ich die andre Ansicht billigen, welche besonders von *Noodt*, de foenore et usur. lib. II. c. 6. aufgestellt, und in unsern Tagen von Gesterding, Nachforsch. I. S. 20 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 367, Fritz, Erläutr. zu Wening S. 79 fgg., v. Madai, Mora S. 383 fgg. vertheidigt worden ist, wonach nämlich in l. 19. cit. eine Eigenheit für Geldschulden enthalten sein soll; denn da gerade bei diesen übertriebene Schadensrechnungen am häufigsten vorkämen, und die Würdigung solcher Rechnungen hier mit besondern Schwierigkeiten verbunden zu sein pflege, so sei dabei als Regel angenommen, daß der Gläubiger nur eine Vergütung der gesetzmäßigen Zinsen verlangen könne. Offenbar enthält aber doch die l. 19. cit. ganz und gar nichts Andres, als was auch in der l. 21. §. 3. cit. für eine Nicht-Geldschuld ausgesprochen ist, denn wie es dort heißt, daß der Verkäufer den möglichen Gewinn, den er mit dem Gelde habe machen können,

nicht in Rechnung bringen dürfe, ganz ebenso heißt es hier, daß der Käufer von dem möglichen Gewinn, den er mit der Waare habe machen können, absehen müsse; und schon dies muß uns gegen die angebliche Singularität bei Geldschulden mißtrauisch machen. Ueberdies wäre es auch nicht wohl begreiflich, daß eine so wichtige und weitgreifende Ausnahme nicht öfter in den Quellen erwähnt sein sollte, als in einer einzigen hingeworfenen Stelle, wo weder auf eine Singularität hingedeutet, noch auch irgend auf den Umstand Gewicht gelegt wird, daß gerade von einer Geldschuld die Rede sei. Und endlich möchte auch wirklich ein genügender Grund für eine solche Singularität bei Geldschulden schwerlich vorhanden sein. S. g. Honigtopfrechnungen, zu denen allerdings der Gläubiger gerade hier ganz besonders geneigt sein möchte, dürfen freilich schlechthin nicht geduldet werden, und es wird also derselbe mit Verzugszinsen zufrieden sein müssen, wenn er nicht einen größern Nachtheil mit ausreichenden Gründen zu beweisen im Stande ist. Warum aber der Geldgläubiger mit diesem Beweise ausgeschlossen, warum er also schlechter gestellt sein soll, als ein andrer Beschädigter, ist doch wahrlich schwer einzusehen, und in der That geht ja auch aus l. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13, 4), in welcher Stelle gerade auch von einer Geldschuld die Rede ist, mit Sicherheit hervor, daß er allerdings zu einem solchen Beweise zugelassen wird, und also die Wahl hat, ob er, ohne besondern Beweis, Verzugszinsen fordern, oder mit solchem Beweise eine höhere Interesse-Forderung geltend machen will. Wenn es also in dem Speierschen Dep. Absch. v. 1600 §. 139. (in der Sammlung der Reichsabschiede Mainz 1660 ist es §. 152.) heißt: „So ordnen und wollen wir nachmals, daß solch interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditorn fünff Gülden von 100 bezahlt werden, oder aber dem Creditori solche fünff Gülden nit annehmlich, sondern er vermeynen wollte tam ex lucro cessante quam ex damno emergente ein mehrs zu fordern, daß ihme alsdann sein gantz Interesse zu deducirn, gebürlich zu liquidirn und zu bescheinen, und der Richterlichen Erkanntnus darüber zu gewarten unbenommen sein soll", so ist dadurch in dieser Beziehung nach meiner Ueberzeugung nichts Neues verordnet, sondern nur das richtig verstandene römische Recht wiederholt worden. — Aus einer Singularität des Kaufgeschäfts oder der Geldschuld dürften hiernach die in Frage stehenden Gesetze nicht zu erklären sein; sondern dieselben enthalten Grundsätze, die bei allen Entschädigungs-Ansprüchen gleichmäßig zur Anwendung zu bringen sind, und die auch, wenn man sie nur richtig auffaßt, mit den oben angedeuteten Principien im vollsten Einklange stehen. In l. 19. cit. soll nämlich dem Verkäufer sicherlich nicht aller Anspruch auf lucrum cessans abgesprochen, sondern es soll

da nur eingeschärft werden, daß nicht der blos mögliche, wenn auch vielleicht *in abstracto* sehr wahrscheinliche, Gewinn, berechnet werden dürfe. Das dort angeführte Beispiel ist nämlich so aufzufassen: ein Kaufmann will seinem morosen Schuldner gegenüber nicht mit den gewöhnlichen Verzugszinsen vorlieb nehmen, sondern er verlangt mehr, indem er nachweis't, daß die in sein Geschäft verwendeten Gelder einen größeren Nettogewinn abzuwerfen pflegen. Diese Berechnung des Schadens verwirft aber der Jurist, und beschränkt den Kläger auf die gewöhnlichen Verzugszinsen. Anders aber würde er entschieden haben, wenn der Kaufmann hätte nachweisen wollen und können, daß er gerade mit diesem Gelde in concreto einen größeren Gewinn sicherlich gemacht haben würde, wenn es ihm zu rechter Zeit bezahlt worden wäre; eine Nachweisung, die namentlich dann leicht möglich sein wird, wenn gerade mit Rücksicht auf kaufmännische Spekulationen der Schuldner sich verpflichtet hat, die schuldigen Summen an einem bestimmten Orte abzutragen, und durch seine Mora jene beabsichtigten Geschäfte unterbleiben müssen; und von einem solchen Falle redet l. 2. §. 8. de eo quod certo loco, die also in keinerlei Widerspruch mit der Entscheidung unserer l. 19. cit. steht. Ganz dasselbe, was die l. 19. cit. sagt, wird in der l. 21. §. 3. cit. wiederholt, und außerdem wird dort noch in dem Beispiel von den verhungerten Sklaven auf den anderweiten eben so verständigen Satz aufmerksam gemacht, daß nämlich nur derjenige mittelbare Schaden ersetzt wird, welchen der Beschädiger entweder voraussah, oder doch bei gehöriger Anspannung hätte voraussehen können. Es ist freilich wahr, daß dann, wenn das Getreide zu rechter Zeit geliefert wäre, die Sklaven nicht verhungert sein würden; aber dieser Hungertodt kann doch gewiß nicht als eine voraussichtliche Folge der verspäteten Lieferung angesehen werden; derselbe setzt so eigenthümliche Umstände voraus — Mangel aller andren Lebensmittel, Unmöglichkeit anderweiter Beschaffung derselben —, daß dieser Schaden jedenfalls als ein zufälliger angesehen werden muß, und eben deshalb der Verkäufer dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann. Ganz anders würde sich freilich das Verhältniß gestalten, wenn gerade mit ausgesprochener Rücksicht auf die Lebenserhaltung der Sklaven der Lieferungs-Vertrag abgeschlossen, und nun der Verkäufer schuldvoll in Rückstand geblieben wäre, und daraus erklärt es sich, daß in l. 2. §. 8. de eo quod c. l. der morose Schuldner z. B. auch zum Ersatz der Konventionalstrafe verpflichtet wird, die der Gläubiger, weil ihm nicht zu rechter Zeit Zahlung geleistet war, hat prästiren müssen, denn in dem Falle dieses Gesetzes war der bestimmte Zahlungsort gerade mit Rücksicht auf diese Konventionalstrafe anberaumt.

Hiernach ist denn also in den beiden in Frage stehenden Gesetzen nichts enthalten, was mit den übrigen Stellen, und namentlich mit der l. 2. §. 8. de eo qu. c. l. in irgend wahrem Widerspruch stände, sondern es wird da nur in passenden Beispielen anschaulich gemacht, daß nur gewisser Schaden und nur solcher, der sich auch als wahrhafte und möglicher Weise vorauszusehende Folge der schuldvollen Handlung herausstellt, in Rechnung gebracht werden dürfe. Dieser Meinung sind denn auch im Ganzen von jeher die meisten Zivilisten gewesen, und vorzugsweise gut ist dieselbe von *Donell*. cit. c. 11. (opp. IX. p. 851. sqq.) ausgeführt worden, vgl. auch z. B. *Magnus* cit. c. 8. p. 306, *de Gast* cit. p. 764 sqq., Glück IV. S. 444, Seuffert, Erörtr. einzelner Lehren des röm. Privatr. Abth. 1. S. 153 fgg., Braun, Erörtr. S. 271 fgg., Unterholzner I. S. 263, Sintenis V. S. 71 fgg. Anm. 21. — Bei dieser ganzen Erörterung habe ich absichtlich eine Terminologie unerwähnt gelassen, die gewöhnlich in der Lehre von dem Umfange des zu ersetzenden Schadens an die Spitze gestellt wird. Da nämlich Paulus in l. 21. §. 3. cit. von einer utilitas, quae circa ipsam rem consistit, spricht, so hat man daraus eine Eintheilung des damnum in d. *circa rem* und d. *extra rem* gebildet, und diesen Begriffen die praktische Bedeutung zu geben gesucht, daß zwar wohl das erstre, aber nicht das letztre ersetzt werden müsse. Statt aber dadurch Klarheit und Einfachheit in die Lehre zu bringen, haben die unsäglichen Streitigkeiten über diese Eintheilung (vgl. darüber z. B. die Nachweisungen bei Glück IV. S. 440 fgg. und Fritz Erl. II. S. 84 fgg.) nur zu größerer Verdunkelung und Verwirrung beigetragen, was auch nicht wohl anders sein konnte, da Paulus augenscheinlich bei jenem hingeworfenen Ausdrucke auch nicht entfernt eine solche Eintheilung im Sinne hat, und man thut daher sicher besser, ganz ohne Rücksicht darauf die einfachen Ergebnisse der Quellen zusammen zu stellen. —

Schließlich ist hier noch die Bemerkung zuzufügen, daß bei Ausmittelung des Umfangs des zu ersetzenden Schadens das Affektions-Interesse des Beschädigten niemals in Betracht gezogen wird, einerlei, ob der Schaden durch dolus oder durch culpa herbeigeführt ist, und ob es sich dabei um ein judicium bonae fidei oder stricti juris handelt. Wenn doch Viele (z. B. auch noch Savigny Syst. V. S. 466. und *Molitor* I. p. 405. sqq.) das Gegentheil behaupten, besonders wegen l. 54. pr. mandati (17, 1) verb.: „placuit prudentibus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam", so ist dieses Argument ganz unerheblich, denn jene Worte sagen, wenn man die Stelle im Zusammenhang lies't, auch nicht entfernt, daß der Beschädiger die zerstörte Sache nach ihrem

Affektionswerthe ersetzen müsse, sondern nur, daß auch Affektions-Interesse hinreiche, um einem Rechtsgeschäfte, welches ohne alles Interesse hinfällig sein würde, rechtliche Wirksamkeit zuzusichern, vgl. auch l. 35. de minorib. (4, 4), l. 6. pr., l. 7. de serv. export. (18, 7), l. 36. de bonis libertor. (38, 2). Die richtige Meinung geht vielmehr schon bestimmt genug aus dem allgemeinen Prinzip des röm. Rechts hervor:

> pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur", l. 63. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), cf. l. 6. §. 2. de oper. servor. (7, 7),

und daß dieser Grundsatz gerade auch bei der Verbindlichkeit zur Ersatzleistung angewendet wurde, zeigt theils die l. 1. §. 15. si quid in fraud. patr. (38, 5), theils und vorzüglich die l. 33. ad leg. Aquil. (9, 2):

> *Paulus*: „Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi".

Daß selbst nicht einmal im Falle eines juramentum in litem eine Ausnahme von dieser Regel gemacht werden darf, ist an einem anderen Orte ausgeführt worden, s. Bd. I. §. 171. Anm. (S. 299 fgg.)

Anm. 4. Von besondrem Interesse für die Lehre vom Schadenersatz ist noch die Verordnung Justinian's in l. un C. de sententiis, quae pro eo quod interest, proferuntur (7, 47):

> „Quum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, quum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra complectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, qnod interest, statuerunt.

Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio“ (531).

Außer den im Eingange dieses §en zitt. Schriftstellern, die sich alle auch mehr oder minder ausführlich über diese bestrittene Konstitution ausgesprochen haben, und unter denen insbes. *Donell.* cit. c. 4. sqq. (opp. IX. p. 825 sqq.) hervorzuheben ist, sind auch noch zu vergleichen *Cujac.*, Paratitla in Cod. ad h. l. (opp. II. p. 493 sqq.), wo auch eine interessante Pharaphrase der l. un. cit. von Theodor. Hermopol. mitgetheilt wird, *Ejusd.* recitt. solenn. in Cod. ad h. l. (opp. IX. p. 1072 sqq.), obss. lib. IX. c. 31. (opp. III. p. 240 sqq.): *Giphan.*, explan. leg. diff. Cod. ad. h. l. p. 258 sqq., Seuffert, Erörtr. I. S. 157 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening II. S. 86 fgg., W. Sell in sein. Jahrb. Bd. I. S. 183 fgg, Sintenis II. S. 78 fgg. — Die zweite Hälfte dieser wichtigen Verordnung bedarf keiner besondern Besprechung, da hier von Justinian nur Grundsätze eingeschärft werden, welche auch dem früheren Rechte angehören, und die namentlich mit den in der vorhergehenden Anm. gegebenen Ausführungen völlig zusammen stimmen. Was aber den ersten Theil des Gesetzes anbelangt, wonach in allen casus certi das Interesse das Doppelte nicht übersteigen darf, so muß

I. nach meiner Ueberzeugung die Grundlage der ganzen Auslegung der Satz sein, daß Justinian hier eine schon bestehende Obligation voraussetzt, zu welcher der Anspruch auf Schadensersatz sich gleichsam wie ein Accessorium verhält, so daß also nur dann von der Justinianischen Beschränkung auf das alterum tantum die Rede sein kann, wenn Jemand aus irgend einem obligatorischen Grunde ein bestimmtes Objekt zu fordern hat, und dabei dann der Schuldner durch Nichtleistung oder nicht gehörige Leistung dem Gläubiger einen Schaden zufügt. Ist dagegen keine Obligation vorhanden, durch deren Verletzung dem Gläubiger geschadet wird, sondern entsteht erst durch die Schaden bringende Handlung eine Obligation, so daß Schadensersatz der principale Gegenstand der Forderung ist: so bleibt die Vorschrift der l. un. cit. außer aller Anwendung, und der Beschädigte darf auch über das alterum tantum seinen Schaden tariren. Für diese Ansicht, wonach namentlich überall, wenn unmittelbar *ex delicto* oder ähnlichen Gründen die Verbindlichkeit zum Schadensersatz entsteht, die l. un. cit. unberücksichtigt bleibt, sprechen hauptsächlich folgende Argumente:

1) Justinian sagt, es solle das hoc, quod interest, *dupli* quantitatem minime excedere. Jedes duplum setzt aber nothwendig ein simplum voraus, und dieses simplum muß natürlich ein von dem Quantum des Schadenersatzes verschiedenes Objekt sein, eben weil ja erst danach das Quantum des Schadensersatzse

ermessen werden soll. Offenbar fehlt es nun aber bei der aus Delikt oder Quasidelikt hervorgehenden Obligation auf Schadensersatz an einem solchen simplum als Maßstab, und nur in solchen Fällen kann davon die Rede sein, wo schon ein anderweiter prinzipaler Gegenstand der Forderung vorhanden ist. Nicht ohne Schein läßt sich freilich auch für Fälle der erstren Art ein simplum als Maßstab, in der Weise herausbringen, daß man, wie Mühlenbruch, Lehrb. §. 370. sagt, „den objektiv zu ermittelnden einfachen Schadenswerth" oder „den Werth des Gegenstandes, welcher das Hauptobjekt des Schadensersatzes ausmacht", als solchen Maßstab auffaßt. Gesetzt, es tödtet mir Jemand kulposer Weise ein Thier, so muß man nach Mühlenbruch so argumentiren: zunächst ist mir der Thäter zur Prästation des reinen Sachwerths (der vera rei aestimatio) verpflichtet; hierauf kommt es dann zur Berechnung der anderweiten mir durch die Tödtung herbeigeführten Nachtheile (mittelbarer Schaden, namentlich lucrum cessans), und dabei darf dann das alterum tantum der vera rei aestimatio nicht überschritten werden. Sicher ist aber die bei dieser Argumentation zu Grunde liegende Idee, daß in solchen Fällen die vera rei aestimatio das eigentliche prinzipale Objekt des Rechts auf Entschädigung sei, und andrer mittelbarer Schaden nur so gleichsam ex post noch hinzutrete, ganz irrig; sondern, wenn mich Jemand durch Delikt beschädigt, so ist er mir von vorne herein und principaliter zum Ersatze des gesammten mir angerichteten Schadens verpflichtet, und das damnum indirectum und lucrum cessans ist ein eben so unmittelbares und prinzipales Objekt dieser Verpflichtung, als die vera rei aestimatio, so daß man durchaus nicht einsehen kann, wie man ohne äußerste Willkür das Eine zum Maßstab für das Andre machen dürfte. Setzen wir aber z. B. daß mir Jemand ein Thier verkauft hat, und mir dieses nachher nicht leistet, so ist augenscheinlich dieses Thier das eigentliche unmittelbare Objekt meiner Forderung, und nur accessorisch tritt noch ein fernererer Anspruch auf Ersatz anderweiter Nachtheile, die durch die Nichtleistung entstanden sind, hinzu, und hier ist es gar nicht unnatürlich, jenes prinzipale Objekt zum Maßstab für die accessorische Leistung zu machen.

2) Zu der hier behaupteten Beschränkung der Justinianischen Verordnung führen auch die historischen Anknüpfungspunkte derselben, wohin insbesondre das mit unsrer Vorschrift offenbar nahe zusammenhängende Verbot des Zinsennehmens ultra alterum tantum, die bekannten duplae stipulationes in Betreff der Eviktionsleistung und der heimlichen Mängel, und die schon dem Pandektenrechte angehörige Bestimmung gehören, daß im Falle einer Eviktionsleistung das Interesse nicht über das Doppelte geschätzt werden dürfe, l. 44. coll.,

l. 43. fin. de act. emt. et vend. (19, 1). Ueberall wird hier eine anderweite prinzipale Obligation vorausgesetzt, und es leuchtet der Gedanke durch, daß es nicht passend erscheine, daß die Nebenforderungen die Größe der Hauptforderung übersteigen. Davon, daß auch dann, wenn gerade der Schadensersatz das prinzipale Objekt der Obligation ausmacht, eine ähnliche Beschränkung des in Anspruch zu nehmenden Quantums Statt gefunden habe, kommt keine Spur vor, so wenig, daß auch noch in den Pandekten und in den Institutionen (also nach unsrer l. un.) in solchen Fällen eine ganz freie Schadensberechnung gestattet wird, vgl. z. B. l. 23. pr. §. 3. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 10. J. eod. (4, 3), Theoph. ad h. l.

3) Als unterstützendes Moment kann auch die ratio dienen, welche der Jurist für die vorher angeführte Vorschrift des Pandektenrechts anführt, daß im Falle der Eviktionsleistung das Interesse nicht über das Doppelte berechnet werden dürfe:

„Plane si in tantum pretium excessisse proponas, *ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa*, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem“.

Daß dieses nicht auf Fälle paßt, wo unmittelbar durch Delikt die Verbindlichkeit zum Schadensersatz begründet wird, versteht sich von selbst.

4) Endlich geht auch aus den Worten der Konstitution selbst hervor, daß der Kaiser bei seiner neuen Bestimmung nicht an Delikts-Obligationen denkt, sondern eine anderweite bestehende Obligation voraussetzt, verb.: „*velut in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus*“.

Diese hier vertheidigte Ansicht, wonach die l. un. cit. keine Anwendung findet, wenn der Schuldanspruch von Anfang an auf Ersatzleistung gerichtet ist, ist denn auch, ungeachtet der abweichenden Meinung der Glosse ad h. l., von jeher von den Meisten angenommen, und auch noch h. z. B. unbedingt als die gemeine Lehre anzusehen, vgl. auch Sell a. a. O. S. 217 fgg. und die dort in Not 3. Zitt., Unterh. I. S. 264, v. Wening, Schadensers. S. 291, Sintenis cit. u. A. m. Doch hat auch die abweichende Meinung der Glosse wieder Vertheidiger gefunden an Schöman, Schadensers. II. S. 144 fgg. und Mühlenbruch, Lehrb. §. 370.

II. Ist nun aber die im Vorigen nachgewiesene Voraussetzung wirklich vorhanden, dann ist es ganz gleichgiltig, wie das Objekt der prinzipalen Obligation beschaffen ist, wenn dasselbe nur in Geld angeschlagen werden kann. Die Meinung nämlich, daß zwischen obligatio *certa* und *incerta* zu unterscheiden, und nur bei der erstren

von Justinian's Vorschrift Anwendung zu machen sei, so daß z. B. alternative Obligationen, und die obligatio auf ein genus, auf ein facere und non facere ausgeschieden werden müßten, entbehrt eines jeden innern Grundes, und auch die Worte des Kaisers, worauf man sich beruft: „in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*" haben sicher nicht diesen Sinn. Meiner Ueberzeugung nach soll mit diesem, jedenfalls ungeschickt gewählten Ausdrucke nicht auf eine nothwendige besondre Qualität des Objekts hingewiesen, sondern es soll damit nur angedeutet werden, daß hier eine anderweite Obligation vorausgesetzt werde mit einem, von dem ungewissen Schadensersatz verschiedenen Objekte, mit einem Objekte also, welches eben darum certam quantitatem vel certam naturam hat, weil es nicht das unbestimmte id, quod interest, sondern etwas davon Verschiedenes, bestimmt Begrenztes ist. Unter den casus incerti, bei denen die Justinianische Vorschrift nicht eintreten soll, kann ich demnach nichts Anderes verstehen, als solche Fälle, in denen gerade nur das id, quod interest, Gegenstand des Anspruchs ist. Ich glaube, den wahren Gedanken Justinian's in folgender Paraphrase treu wiedergeben zu können: „Wenn Jemand bei Gelegenheit eines Obligations-Verhältnisses, vermöge dessen er einen Anspruch auf irgend ein bestimmtes Objekt hat, wie z. B. bei einem Kauf- oder Miethgeschäft, oder bei einem beliebigen anderen Kontrakte, von dem andren Kontrahenten durch eine obligationswidrige Handlung desselben benachtheiligt wird, so soll er diesen Schaden doch niemals über das alterum tantum jenes Obligations-Objekts (der res debita) taxiren dürfen. Hat aber der Beschädigte nicht so ein bestimmtes Objekt zu fordern, sondern geht sein ganzer Anspruch von vornherein auf das unbestimmte id, quod interest, dann" u. s. w.

III. In welcher Weise die obligationswidrige Handlung vorgenommen wird, durch welche der accessorische Anspruch auf Schadensersatz entsteht, muß nach den ganz allgemeinen Worten des Kaisers als gleichgiltig erscheinen, und so muß denn Justinian's Gesetz nicht blos dann Anwendung finden, wenn das schuldige Objekt gar nicht geleistet, oder wenn es zwar geleistet, aber nachher wieder evinzirt wird, sondern auch, wenn es nicht am rechten Orte, oder nicht zur rechten Zeit, oder wenn es fehlerhaft geliefert, oder wenn etwa nicht die obligationsmäßige diligentia in Behandlung oder Aufbewahrung der Sache angewendet wird, und diese dadurch deteriorirt oder untergegangen ist, obwohl freilich im letztren Falle dann, wenn die Deterioration oder Vernichtung der z. B. deponirten oder kommodirten Sache durch eine positive Thätigkeit des Depositar oder Kommodatar geschah, deßhalb auch die actio legis Aquiliae an-

wendbar ist, und unter dieser Voraussetzung die Beschränkung der l. un. cit. wegfällt. Weßhalb aber, abgesehen von dieser letztren Modifikation, im Falle fehlerhafter Leistung oder im Falle der kulpos herbeigeführten Deterioration oder Vernichtung der res debita, überhaupt nicht von der Justinianischen Verordnung Anwendung gemacht werden soll, wie so Viele behaupten (vgl. z. B. Sell a. a. O. S. 211 fgg. und die da S. 213. Not. 1. Zitt.), vermag ich nicht einzusehen: denn auch in diesen Fällen ist ja doch unzweifelhaft eben so, wie in den andren oben angedeuteten, ein prinzipales, von dem id, quod interest, verschiedenes Objekt da, welches certam quantitatem vel naturam hat, und welches also vollkommen geeignet ist, den Maßstab abzugeben für die accessorisch hinzutretende Verpflichtung zum Schadensersatze.

IV. Eben so wenig vermag ich einen genügenden Grund aufzufinden, weßhalb im Falle doloser Obligationswidrigkeit von der Justinianischen Verordnung keine Anwendung gemacht werden soll, obwohl dies freilich von der Mehrzahl der älteren und neueren Juristen behauptet wird, vgl. z. B. *Cujac.*, rec. sol. l. c. p. 1077 sqq., *Donell.* cit. cap. 7. (p. 237 sqq.), *Gast* cit. p. 770, *Magn.* cit. c. 10 p. 310 sqq., *Giphan.* cit. p. 264 sqq, Glück IV. S. 448, Seuffert a. a. O. S. 161 fgg. Im Gesetze selbst kommt auch nicht entfernt eine Andeutung eines solchen Unterschieds zwischen dolus und culpa vor, und wenn Seuffert a. a. O. meint, es trete im Falle des dolus der Standpunkt des Delikts ein, indem „die Forderung auf das Interesse nicht sowohl in dem Vertrage, in dem casus certae naturae selbst, sondern in dem dolus des andren Kontrahenten ihren Grund habe", so würde diese Bemerkung, soweit sie wahr ist, eben so auch auf den Fall der blosen culpa passen; aber bei beiden, bei dolus wie bei culpa, trifft sie darum nicht zu, weil in beiden Fällen gleichmäßig mit der Kontraktsklage das id, quod interest gleichsam als ein accessorium der prinzipalen obligationsmäßigen Leistung verfolgt wird; vgl. auch Sell a. a. O. S. 221 fgg. Ist freilich die dolose Handlung so beschaffen, daß daraus auch ein selbstständiger Anspruch auf das id, quod interest begründet werden kann, so versteht es sich nach den unter I. gegebenen Ausführungen von selbst, daß in diesem Falle die Justinianische Verordnung außer Anwendung bleibt.

V. Wenn Justinian sagt, es dürfe das hoc, quod interest, *dupli quantitatem minime excedere*, so hat dies offenbar den Sinn, daß außer der eigentlichen schuldigen Leistung nur noch der einmalige volle Betrag derselben als mögliches Interesse gefordert werden kann, so daß der ganze Umfang dessen, was vom Schuldner zu leisten ist, das duplum nicht übersteigen darf. Dies ist auch von

jeher die einstimmige Ansicht unsrer Rechtslehrer gewesen, und es ist daher allerdings auffallend, wenn Thibaut in Braun's Erörtr. S. 282. umgekehrt sagt, es könne in das Doppelte, was Jemand als Nebenschaden zu erlegen habe, „auf allen Fall" das Hauptobjekt, welches er restituirt oder restituiren soll, nicht mit eingerechnet werden; vgl. dagegen auch Sell a. a. O. S. 238 fgg. —

An der praktischen Geltung der hier näher entwickelten l. un. cit. ist übrigens verständiger Weise nicht zu zweifeln, denn die hier und da aufgestellte Meinung, daß durch den schon in der vorigen Anm. angeführten und ausgezogenen Reichs-Deput. Absch. von 1600. §. 139. die Justinianische Verordnung aufgehoben sei, und auch in den casus certi, in infinitum hier das Interesse berechnet werden dürfe, ist augenscheinlich so grundlos, und eine solche Abänderung liegt so weit von der wahren Absicht des Reichsgesetzes entfernt, daß eine besondre Widerlegung jener Ansicht als völlig überflüssig erscheinen muß; s. auch Sell a. a. O. S. 246 fgg.

D) Verbindlichkeit zur Leistung einer Privatstrafe. §. 572.

Dig. XLVII. 1. de privatis delictis. — Savigny II. S. 300 fgg.

Anm. Ueber die unendlich bestrittene Frage, wie es sich verhalte, wenn aus demselben Faktum mehrere Pönalklagen begründet werden können, vgl. *Cujac.* recitt. ad Pand. in opp. ed. Neap. tom. VIII. p. 360 sqq. p. 716 sqq., *Fincstres* ad l. 32. de O. et A. in comm. ad Hermog. Cervar. 1757. p. 601 sqq., *Suarez de Mendoza* ad leg. Aquil. lib. III. c. 1. 2. (in Meerm. thes. II. p. 140 sqq.), *Averani*, interpret. III. c. 14, *de Savigny*, de concursu formali delictor. Marb. 1800. p. 19 sqq. (verm. Schriften Bd. IV. S. 86 fgg.), Thibaut, civ. Abh. S. 180 fgg., Keller, Lit. Kont. und Urth. S. 481 fgg., Brackenhöft, Identität und Konnexität der Rechtsverh. Gött. 1839. S. 333 fgg., Savigny System Bd. V. S. 237 fgg., Buchka, Einfluß des Proz. auf die materielle Rechtsverh. Bd. I. S. 79 fgg., Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 180 fgg., bes. S. 190 fgg.

Savigny hat diese Frage in seiner ältesten und in einer seiner jüngsten Schriften ganz gleichmäßig dahin beantwortet, daß unter den römischen Juristen selbst darüber die größten Meinungs-Verschiedenheiten geherrscht hätten, und die Zeugnisse davon auch in die

Pandekten übergegangen wären. Während nämlich Modestin in l. 53. pr. de O. et A.:

„Plura delicta in una re plures admittunt actiones, *sed non posse omnibus uti probatum est;* nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus utendum est“

die Meinung vertheidige, daß immer nur eine der mehreren Pönalklagen gebraucht werden könne, gehe Paulus von der Ansicht aus, daß nach der Anstellung der einen die andre wenigstens insoweit noch angestellt werden dürfe, als sie auf ein Mehr gehe, l. 41. §. 1. de O. et A.:

„Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat,* si tantundem aut minus, nil consequatur“ (über diese nothwendige Emendation der Schlußworte statt des handschriftlichen *id* consequatur s. *Cujac*, obs. III. 25. und vgl. auch *Pagenstecher*, admonit. ad Pand. P. 6. §. 289, welcher mit noch geringerer Veränderung des Textes vorschlägt: „*id non* sequatur“; s. überhaupt Thibaut a. a. O. S. 194., Savigny, Syst. S. 224. und Huschke cit. S. 180. und Bd. IV. S. 300).

und von dieser Paulinischen Meinung kämen auch mehrere Anwendungen in andren Fragmenten vor, wie namentlich in l. 34. pr. de O. et A. (44, 7), l. 1. 11. arbor. furtim caesar. (47, 7), l. 88. de furt. (47, 2), l. 1. vi bon. raptor. (47, 8). Endlich aber sei noch von Ulpian eine dritte Theorie vertheidigt, daß nämlich alle Strafklagen unvermindert neben einander zur Anwendung kommen müßten, l. 60. de O. et A. (44, 7):

„Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit“, cf. l. 130. de R. J. (ebenfalls von Ulpian): „Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit“,

und auch von dieser Ansicht seien mehrfache Anwendungen in andren Ulpianischen Stellen aufgenommen, wie namentlich in l. 11. §. 2. de servo corrupto (11, 3), l. 14. §. 1. de praescript. verb. (19, 5), l. 2. §. 10. 26. vi bonor. raptor. (47, 8), l. 15. §. 46, l. 25. de injur. (47, 10). Dieselbe Meinung werde auch von Papinian in l. 6. ad leg. Jul. de adulter (48, 5) vertheidigt, und eben so werde sie auch von Hermogenian (bekanntlich dem neuesten unter den in den Pandekten exzerpirten Juristen) in einer Stelle ausgesprochen, die man gleichsam als das letzte Wort in der Justinianischen Gesetzgebung ansehen müsse, weil da ausdrücklich auf die vorhandene große Kontroverse hingedeutet und die Thatsache hinzugefügt werde, daß

die (Ulpianische) strengere Meinung allgemein anerkannt worden sei, l. 32. de O. et A. (44, 7):

„Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit*“.

Demnach müsse man nun offenbar diese letztre Meinung als die im Justinianischen Rechte eigentlich rezipirte ansehen, und zwar um so mehr, da Justinian selbst einen einzelnen Fall ganz im Sinne der Ulpianischen Theorie entschieden habe, l. 20. C. de furtis (6, 2), §. 8. J. de oblig. ex del. (4, 1); die Aufnahme der abweichenden Stellen von Modestin und Paulus müsse aber daraus erklärt werden, daß hier Justinian ein Stück Rechtsgeschichte habe mittheilen wollen, damit daraus um so klarer der Sinn der letzten siegreichen Entscheidung hervortreten möge.

So weit v. Savigny. Wie mißlich überhaupt die von Savigny, System I. S. 276 fgg. näher besprochene, von ihm s. g. historische Vereinigung mehrerer widerstreitenden Stellen der Justinianischen Legislation ist, kann von keinem Unbefangenen verkannt werden, vgl. auch Kritz, Rechtsf. Bd. IV. S. 93 fgg., und Savigny selbst erkennt S. 280. an, daß die systematische Vereinigung unbedingt den Vorrang vor dieser historischen in Anspruch nehmen müsse, und die letztre nur dann zur Anwendung kommen dürfe, wenn die Stellen in andrer Art schlechthin nicht vereinigt werden könnten. In unsrem vorliegenden Falle müssen aber noch ganz besonders dringende Zweifel gegen die von Savigny in Anwendung gebrachte Interpretations-Art entstehen, da hier nicht etwa eine oder ein Paar Stellen in die Pandekten aufgenommen sind, in denen die angeblich später besiegte Meinung ausgesprochen wird, sondern Stellen in bedeutender, überwiegender Zahl, und da überdies die Gründe, aus denen Savigny die von ihm dem Ulpian besonders beigelegte Meinung als die im Justinianischen Rechte eigentlich rezipirte hinstellt, nichts weniger als überzeugend sind. Daß die Stelle, in welcher Savigny gleichsam das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung sieht, gerade von Hermogenian, also dem neuesten in den Pandekten exzerpirten Juristen ist, wird von ihm selbst mit Recht als unbedeutend angesehen, sondern als der wahre Grund, weshalb man diese Stelle als die eigentlich entscheidende annehmen müsse, wird angenommen, weil da auf die Kontroverse hingedeutet, und die da referirte Meinung als die herrschend gewordene hingestellt sei. Aber paßt dies nicht auch ganz auf Stellen, in denen die angeblich von Justinian verworfenen Meinungen referirt sind? Heißt es nicht in dem Fragmente von Modestin, in l. 53. pr. de O. et A.: „non posse omnibus uti, *probatum est*“? und wird nicht in einer der Paulinischen Stellen,

in l. 34. pr. de O. et A. ausführlicher und detailirter, als in jenem Hermogenianischen Fragmente auf die verschiedenen Meinungen hingewiesen, und dann mit Verwerfung aller dieser Ansichten diejenige als die allein verständige hingestellt, wonach mit der folgenden Klage noch das Mehr, aber auch nur dieses, eingefordert werden dürfe? Und doch sollen diese Stellen blos als historische betrachtet, und die dort so bestimmt gebilligten oder als allein verständig hingestellten Theorien sollen als im Justinianischen Rechte verworfen aufgefaßt werden müssen! Für dieses von Savigny angenommene Verhältniß kann auch durchaus nicht die Justinianische Entscheidung in l. 20. C. de furt. (6, 2) angeführt werden, da es sich hier wesentlich nur um die Frage handelte, ob die actio furti und die actio servi corrupti auch dann begründet seien, wenn eigentlich kein furtum und keine corruptio servi, sondern nur ein gescheiterter Versuch dazu vorliege? Diese bestrittene Frage (vgl. Gai. III. §. 198.) entscheidet hier der Kaiser, nicht aber den angeblichen Streit über die Art der Konkurrenz dieser beiden Klagen. — Meiner Ueberzeugung nach muß die ganze Grundlage der Savigny'schen Meinung, daß Justinian nämlich uns hier ein Stück Rechtsgeschichte habe mittheilen wollen, und darum Stellen aufgenommen habe, worin die verschiedenen Ansichten der römischen Juristen entwickelt seien, gänzlich verworfen werden (vgl. auch Buchka und Huschke a. d. aa. OO.), sondern die verschiedenen Stellen, die Savigny als widerstreitend anführt, sind in keinem wahren Widerspruche, und die über unsre Frage verhandelten Kontroversen der römischen Juristen sind in keinen selbstständigen Stellen in die Justinianische Kompilation übergegangen.

Zunächst müssen ein Paar Stellen hier ganz ausgeschieden werden, die unsrer Frage völlig fremd sind. Es sind dies nämlich die oben ausgezogenen l. 60. de O. et A. und l. 130. de R. J., denn hier ist sicher nicht von mehreren aus einem und demselben Faktum hervorgehenden Pönalklagen die Rede, sondern es soll dort nur der Gedanke ausgesprochen werden, daß die Identität des Objekts bei mehreren zusammentreffenden Pönalklagen kein Grund der prozessualischen Konsumtion sei, vgl. auch Keller, Lit. Kont. S. 482 fgg. S. 494. Abgesehen nun von diesen hierher gar nicht gehörigen Stellen lassen sich die übrigen ungezwungen durch die Unterscheidung zweier Fälle mit einander vereinigen.

1) Wenn eine widerrechtliche Handlung, aus welcher mehrere Rechtsverletzungen hervorgehen, so beschaffen ist, daß dieselbe, ungeachtet sie äußerlich als eine einzige Handlung erscheint, doch juristisch gleichsam zerlegt werden muß, indem jede einzelne der verschiedenen Rechtsverletzungen nicht aus der Handlung in ihrer Totalität, sondern

so zu sagen, aus einem Stücke dieser Handlung hervorgeht: so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß die verschiedenen aus den mehreren Rechtsverletzungen hervorgehenden Pönalklagen in ihrem vollen Umfange neben einander begründet sind, denn jede hat ja ihr selbstständiges von der andern ganz unabhängiges Fundament, und eigentlich ist es gar nicht eine Handlung, sondern eine Mehrheit von Handlungen, die nur in ihrer äußeren Erscheinung, aber nicht juristisch als eine einzige erscheinen. So versteht es sich z. B. von selbst, daß wenn Jemand durch eine Rede Mehrere injurirt hat, die verschiedenen Injurienklagen ganz unabhängig von einander sind, vgl. l. 41. de injur. (47, 10). Eben so unzweifelhaft ist es, daß wenn einem Sklaven die Kleider gestolen wurden, und der Entkleidete vor Kälte gestorben ist, wegen der gestolnen Kleider die actio furti und wegen des getödteten Sklaven die Aquilische Klage, und zwar beide in solidum, begründet sind, l. 14. §. 1. de praescript. verb. (19, 5), und gerade bei diesem Beispiele läßt sich jene oben berührte Zerlegung der Handlung recht augenscheinlich nachweisen, indem das Entkleiden, als Ursache des Todes, und das Wegnehmen der Kleider gleichsam als verschiedene Stücke der ganzen Handlung erscheinen. Und hierher gehört denn auch der weitere Fall wenn Jemand einen fremden Sklaven zu einem Diebstale beredet hat, denn der Bestolne stellt hier gegen den improbus auctor furti die actio furti, und der Herr des Sklaven wegen der Deterioration dieses Letztren die actio servi corrupti an, und wenn Bestolner und Eigenthümer zufällig dieselbe Person sind, so stehen diesem natürlich beide Klagen neben einander in solidum zu, „nec sufficiet, alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit", l. 11. §. 2. de servo corrupto (11, 3). Daß in irgend einem dieser Fälle Streit unter den römischen Juristen gewesen sei, und namentlich Paulus dieselben anders entschieden haben würde, scheint mir ungedenkbar, und die scheinbar abweichenden Stellen beziehen sich auf Fälle, die von den bisher betrachteten gar sehr verschieden sind. Es kann nämlich

2) auch vorkommen, daß eine Handlung, aus welcher mehrere Pönalklagen hervorgehen, so beschaffen ist, daß jede dieser mehreren Pönalklagen, oder wenigstens eine von ihnen, die Handlung in ihrer Totalität zur nothwendigen Voraussetzung hat, daß also, um sie zu begründen, man nicht etwa die Handlung zerlegen darf, sondern immer die ganze Handlung zu ihrer Fundirung nöthig ist. Solche Fälle können vorkommen bei Handlungen, welche öffentliche Strafen zur Folge haben, und so war es z. B. bei den Römern nichts Seltenes, daß eine und dieselbe Handlung als crimen vis oder als crimen majestatis, vgl. z. B. l. 1. §. 1. ad. leg. Jul. majest. (48, 4) mit l. 3. pr. §. 2, l. 5. pr. ad leg. Jul. de vi

publ. (48, 6), als crimen falsi, oder als crimen majestatis vgl. l. 2. l. 3. ad leg. Jul. majest. mit l. 16. §. 1, l. 27. §. 2. ad leg. Cornel. de fals. (48. 10), und l. 2. C. de fals. monet. (9, 24) mit l. 8. 9. pr. ad leg. Corn. de fals. (48, 10) aufgefaßt wurde. Eben so können aber auch solche Fälle vorkommen bei Handlungen, welche nur *actiones poenales* im Gefolge haben. Setzen wir, es hat Jemand unsre Bäume heimlich abgehauen, so ist für einen solchen Fall, in seiner Totalität aufgefaßt, bekanntlich eine eigne Pönalklage aus den XII Tafeln begründet, aber augenscheinlich kann auch ganz abgesehen davon der Gesichtspunkt eines damnum injuria datum aus dem 3. Kapitel der lex Aquilia aufgefaßt werden. Oder nehmen wir, es hat uns Jemand beraubt, so hat dafür das prätorische Edikt eine eigne Klage, die actio vi bonorum raptorum, eingeführt, aber es steht dem Verletzten nichts im Wege, auch von dem Merkmal der Gewalt abzusehen, und die Handlung als gewöhnliches furtum aufzufassen. Oder man denke sich, es hat Jemand unsren Sklaven thätlich mißhandelt, so ist gegen dergleichen Handlungen ein eignes prätorisches Edikt mit der actio injuriarum gerichtet, l. 15. §. 34. de injur. (47, 10):

„Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo“

und daß dieses Edikt die Handlung in ihrer Totalität auffaßte, geht namentlich aus l. 8. C. de injur. (9, 35) hervor („Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, *qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur*, agere posse convenit“); natürlich aber konnte eine solche Mißhandlung auch als damnum injuria datum aufgefaßt, und die actio leg. Aquiliae daraus angestellt werden. — In Fällen dieser Art die mehreren Pönalklagen vollständig neben einander gebrauchen zu wollen, ist augenscheinlich unzuläßig, denn nothwendig würde, da wenigstens eine der Pönalklagen die ganze Handlung zur nothwendigen Grundlage hat, mindestens ein Stück dieser Handlung doppelt bestraft, und so kann ich kaum glauben, daß diese Meinung je von einem römischen Juristen vertheidigt sein sollte. Wohl aber war eine verschiedene Behandlung dieser Fälle insofern leicht gedenkbar, daß Manche nur einen rein elektiven Konkurs der mehreren Klagen zuzulassen geneigt sein mochten, indem sie namentlich hierher nicht ohne Schein die Grundsätze der Prozeßkonsumtion herzogen, und sich auch wohl außerdem durch die Analogie der judicia publica bestimmen ließen, indem es bei diesen ausgemachten Rechtens war, daß, wenn Jemand reus aus einer lex judicior. publicor. gewesen war, er nicht mehr wegen derselben Handlung aus einer andren lex accusirt

werden konnte, l. 14. de accusat. (48, 2): „Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret“, cf. l. 9. init. C. de accusat. (9, 2). Andre aber stellten mit Beseitigung der mit Unrecht hierher gezogenen Prinzipien über Prozeßkonsumtion, und mit Verwerfung der Analogie der publica judicia, den gewiß auch verständigeren Grundsatz auf, daß, wenn die eine actio poenalis durchgeführt ist, die andre dann und insoweit noch gebraucht werden dürfe, wenn und wieweit sie, hätte man sie gleich Anfangs angestellt, ein Mehr für den Kläger zur Folge gehabt hätte; und daß diese Meinung als die herrschend gewordene, und namentlich als die im Justinianischen Rechte rezipirte anzusehen ist, geht namentlich aus l. 34. pr. de O. et A. mit Bestimmtheit hervor:

Paul. libro sing. de concurrentib. actionib.: „Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum; injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa, et ideo possunt utrae competere; sed quidam altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit, sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur; *rationabilius itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit, actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi*“.

Abgesehen von der zweiten, hier referirten Meinung, wonach zwar die actio legis Aquiliae noch nach der actio injuriarum, aber nicht auch umgekehrt angestellt werden dürfe, einer Meinung, die augenscheinlich keine allgemeinere Bedeutung, sondern gerade nur auf das Verhältniß dieser beiden speziellen Klagen Bezug hat, und sich auf eine skrupulöse Berücksichtigung der formula bei der actio injuriarum gründet, vgl. Keller, Lit. Kont. S. 486 fgg., abgesehen hiervon, sage ich, führt Paulus zwei verschiedene Ansichten an, die eine, wonach schlechthin ein elektiver Konkurs Statt finden soll, und die andre, wonach noch immer eine Nachklage auf das Mehr zugelassen wird, und diese letztre wird in ganz entschiedener Weise als die richtigere und sachgemäßere hingestellt. Wenn dagegen Savigny meint, Ulpian habe diesen Fall anders wie Paulus entschieden in l. 15. §. 46. de injur. (47, 10):

„Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, *eandem rem non esse*, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam“.

so läßt sich dies nicht erweisen, indem der Sinn jener Stelle sicher nur der ist, daß der späteren actio legis Aquiliae nicht die exceptio rei judicatae wegen der früher durchgeführten actio injuriarum entgegengesetzt werden könne, weil es nicht eadem res sei, eine Ansicht, die ganz so auch Paulus vertheidigt; daß aber die nachfolgende actio legis Aquiliae auf das Ganze gehen dürfe, sagt Ulpian mit keinem Worte, und wenn es auch — was mir übrigens sehr unwahrscheinlich ist — sein Gedanke gewesen sein sollte, so dürfen wir dies doch unmöglich nach Justinianischem Rechte annehmen, und noch weniger mit Savigny diese jedenfalls unbestimmte und mehrdeutige Ulpianische Stelle mit ihrem erst hinein getragenen Inhalte dem ganz klaren und bestimmten Paulinischen Fragmente vorziehen. Eben so wenig ist auch der weitere Ausspruch Ulpian's in l. 25. de injur. in irgend einem Widerspruch mit der Meinung des Paulus, indem dort schlechthin nichts weiter gesagt wird, als daß gegen den, „qui servam immaturam stupravit“, eine actio injuriarum und auch die actio legis Aquiliae zustehe, ohne daß auch nur entfernt die Art und Weise dieser Konkurrenz da bestimmt würde. Wenn endlich Savigny auch noch Papinian's Ausspruch in l. 6. pr. ad. leg. Jul. de adulter. (48, 5) gegen Paulus anführt, so kann ich auch hierein nur finden, daß Papinian mehrere Klagen als zuständig anführt, ohne daß er irgend die Art der Konkurrenz genauer angäbe, und die von Savigny besonders hervorgehobenen Worte: „nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo“ deuten keineswegs auf eine vollständig kumulative Konkurrenz, sondern ihr Sinn ist nur der, daß, da der dominus mehrere Klagen zu seiner Disposition habe, von einer Straflosigkeit des Thäters keine Rede sein könne, wenn auch die Strafen der lex Julia de adulteriis in diesem Falle nicht Platz greifen könnten. — Daß aber wirklich die in l. 34. cit. entwickelte Ansicht die im Justinianischen Rechte geltende ist, geht auch noch daraus hervor, daß ganz in Gemäßheit derselben der oben angedeutete Konkurrenzfall der actio arborum furtim caesarum und der actio legis Aquiliae entschieden wird, l. 1. arbor. furt. caesar. (47, 7):

> *Paul.*: „Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex XII tabularum dandam actionem Labeo ait. Sed Trebatius ita utramque dandam, *ut judex in posteriore deducat id, quod ex prima consecutus sit, et reliquo condemnet*“,

woraus dann von selbst die unbestimmte l. 11. eod. ihre wahre Bedeutung erhält, denn zwischen zwei Stellen desselben Verfassers kann doch ein Widerspruch nicht wohl angenommen werden, obwohl man überzeugt sein kann, daß wenn die l. 11. cit. den Namen Ulpian vor sich tragen würde, Savigny auch sie als einen Beweis

der entgegengesetzten Meinung Ulpian's angeführt hätte. — Eben so ist auch endlich der weiter oben angedeutete Konkurrenzfall der actio vi bonorum raptorum und der actio furti ganz in dem Sinne der l. 34. cit. entschieden worden in l. 1. vi bonor. raptor. (47, 8):

> *Paul.*: „Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum, et vi bonorum raptorum in quadruplam: sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti, si ante furti actum sit, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur", vgl. l. 88. de furt. (47, 2).

und dagegen können auch nicht mit Savigny die ganz unbestimmten l. 2. §. 10. und §. 26. vi bon. raptor. angeführt werden, indem dort nur die mögliche Konkurrenz der a. vi bon. rapt. mit der a. furti und der a. leg. Aquiliae angedeutet, aber in keiner Weise die Art dieser Konkurrenz bestimmt wird; und nicht wohl begreiflich ist es daher, wie Savigny annehmen kann, jene an die Spitze des Titels gestellte und so klar redende Stelle des Paulus müsse im Sinne des Justinianischen Rechts als ein blos historisches Fragment angesehen werden.

Mit diesen bisher entwickelten Ansichten ist denn auch gewiß in keinem Widerstreit die von Savigny so sehr hervorgehobene, schon oben mitgetheilte, l. 32. de O. et A. von Hermogenian, indem dort nichts weiter gesagt ist, als daß man nach der herrschend gewordenen Lehre dann, wenn aus einem Delikte mehrere Klagen hervorgingen, diese sämmtlich anstellen könne („omnibus *experiri* permitti"). Mit welchem Erfolge sie angestellt werden dürften, ob man mit beiden das Ganze, oder ob man mit der zweiten nur das Mehr, was durch die erste noch nicht erlangt ist, einfordere, das hat Hermogenian hier ganz unentschieden gelassen, und er mußte dies auch bei seinem allgemeinen Ausspruch um so mehr thun, da ja nach unsrer obigen Ausführung darüber keineswegs blos eine Entscheidung Platz greift, sondern bald das Eine, bald das Andre angenommen werden muß. Diese Erklärung der l. 32. cit. ist denn auch schon von *Cujac.* l. c. aufgestellt, und von den meisten späteren Interpreten unbedenklich angenommen worden. Schwieriger ist jedenfalls die auch schon oben abgedruckte Modestinische l. 53. de O. et A. Daß die Worte: „plura delicta in una re" wirklich auf unsern Fall gehen, könnte zwar dem Wortsinn nach bezweifelt werden; verbindet man aber damit den von Modestin damit verglichenen Fall: „si ex una obligatione plures actiones nascuntur", so muß man doch wohl zugestehen, daß hier allerdings davon die Rede ist, wenn durch eine widerrechtliche Handlung mehrere Pönalklagen begründet

sind; und da erscheint es denn allerdings nicht ganz unwahrscheinlich daß Modestinus andrer Meinung gewesen, wie Paulus, und eine Nachforderung mit der größeren Klage nicht zugelassen habe. Doch aber ist auch noch die andre Auslegung möglich, daß durch die Worte: „Sed non posse omnibus uti" nur der volle Effekt der mehreren Klagen in Abrede gestellt sein soll, und Modestin's Ausdrucksweise läßt sich auch ganz gut entschuldigen, wenn man erwägt, daß auch wirklich in den bei Weitem meisten Fällen nur eine Klage mit Effekt gebraucht werden kann, nämlich überall, wenn keine der mehreren Klagen auf ein Mehr geht, als die andre, und außerdem, wenn der Kläger mit einiger Umsicht gehandelt und die größere Klage gleich von Anfang gebraucht hat. Zu dieser möglichen Auslegung sind wir aber im Sinne des Justinianischen Rechts gezwungen, da wir ohnedies zu einem Resultate kommen würden, welches geradezu und ganz bestimmt in der l. 34. de O. et A. verworfen worden ist.

IV. Von den Subjekten der obligatio.

1) Ursprüngliche Subjekte — insbesondre von der Korreal-Obligation. §. 573.

Inst. III. 16. (17) de duobus reis stipulandi et promittendi, Dig. XLV. 2. de duobus reis constituendis, Cod. VIII. 40. de duobus reis stipulandi et promittendi, Nov. 99. — *Donell.*, tract. de duobus reis, in opp. IX. p. 1255 sqq., *Ronchegalli*, tract. de duobus reis constituendis. Lugd. 1559. Marp. 1622, *Becher*, de natura et indole corealis obligationis. Rost. 1759, und bes. Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealobligationen, Gött. 1831 und Savigny I. S. 136 fgg. Vergleiche auch Appelius im ziv. Arch. XVI. S. 280 fgg., v. Schröter in der Gießer Zeitschr. VI. 12, Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 162 fgg., Huschke in G. Z. N. F. IV. S. 402 fgg., Girtanner, Bürgschaft S. 74 fgg. S. 397 fgg., *Rückert* de except. quam vocant divisionis. Gott. 1852. p. 3 sqq., Ders. in Gieß. Zeitschr. N. F. XII. S. 1 fgg., *Dedekind* de exc. divis. Gott. 1853. p. 1 sqq., Brinz krit. Blätter Nr. 4. S. 1 fgg., Bekker die prozess. Konsumtion S. 214 fgg. — Koch II. S. 5 fgg., Unter-

holzner I. S. 173 fgg., Heimbach a. a. O. S. 447 fgg., Sintenis pr. Zivilr. II. S. 123 fgg., *Molitor* III. p. 403 sqq.

1) Pr. §. 1. J. h. t.: Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: *spondeo*, utputa quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo*. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* respondeant singuli separatim: *spondeo*. (§. 1) Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, et omnes liberat.

2) *Papinian.* l. 116. de V. O.: Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire; sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit; igitur nec Titio convento Maevius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est; et solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tenebatur, quum conditio stipulationis deficit; nec Maevius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri; a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur.

3) *Ulpian.* l. 3. §. 1. h. t.: Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti, hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus; utique enim, quum una sit obligatio, una et summa est, ut sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.

4) *Ulpian.* l. 5. de fidej. et mand. (46, 1): — — — Refert autem [Julianus] haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres reo stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Anm. 1. In augenscheinlichem Gegensatz zu den Fällen, in denen Mehrere bei einem Obligations-Verhältniß so betheiligt sind, daß der einzelne Schuldner blos pro rata haftet, oder der einzelne Gläubiger blos pro rata berechtigt ist, und auf der andren Seite zu den Fällen andrer Art, in denen umgekehrt die Betheiligung Mehrerer so vorkommt, daß dieselbe ganze Leistung so vielmal gefordert werden kann, als Schuldner oder Gläubiger vorhanden sind, kommt im römischen Rechte eine Reihe von Fällen vor, in denen mehrere Subjekte aktiv oder passiv so bei einer obligatio zusammen treffen, daß zwar Jeder der mehreren Schuldner für das Ganze haftet, und Jeder der mehreren Gläubiger das Ganze zu fordern berechtigt ist, aber überall doch nur eine Zahlung verlangt werden kann, so daß mit der Leistung von Einem Schuldner oder an Einen Gläubiger das ganze obligatorische Verhältniß erlöscht. Alle Fälle dieser Art pflegte man bis in die neuere Zeit unter dem Namen der Korreal-Obligation zusammen zu fassen, und als das gemeinschaftliche Merkmal aller dieser Fälle im Gegensatze zu den vorher berührten andren nahm man an, daß hier nur eine einzige Obligation mit einer Mehrheit von Subjekten zu Grunde liege, während dagegen dort so viele Obligationen als Subjekte angenommen werden müßten. Wenn auch schon bei manchen älteren Juristen, wie namentlich bei Cujacius, Donellus und A. Faber (vgl. die Nachweisungen bei Ribbentrop a. a. O. S. 8. und in den Zusätzen und Berichtigungen zu dieser Stelle am Ende des Buchs) eine Ahnung davon vorkommt, daß diese allgemeine Begriffsbestimmung nicht für alle Fälle dieser Art passend sei, sondern mehrere Klassen derselben unterschieden werden müßten: so ist dies doch erst durch die scharfsinnigen Ausführungen Keller's Lit. Kont. §. 49. §. 52 fgg. und besonders Ribbentrop's in der oben angef. Schrift in vollere Klarheit gesetzt, und in's Einzelne

durchgeführt werden. Seitdem ist man fast allgemein zu der Einsicht gelangt, daß unter den Fällen, die man früher allgemein unter dem Namen der Korreal-Obligation zusammen zu fassen und unter dieselben Prinzipien zu stellen pflegte, mehrere Klassen scharf unterschieden werden müssen; und diese Unterscheidung beruht nicht etwa blos auf einer unpraktischen Spaltung der Begriffe, sondern sie bringt wichtige Folgen hervor. Es müssen nämlich die reinen Korreal-Obligationen, die blos solidarischen Verbindlichkeiten, und die *obligationes individuae* wohl von einander unterschieden werden.

I. Bei der reinen Korreal-Obligation, und nur bei ihr, ist es richtig, was man früher als das generelle Merkmal aller jener Fälle aufzufassen pflegte, daß nämlich troß der Mehrheit der dabei betheiligten Subjekte eine einzige Obligation vorhanden ist. Es ist, wie man jetzt seit Keller, Lit. Kont. und Urth. S. 443 fgg. und Ribbentrop S. 23 fgg. es auszudrücken pflegt, „ihrem objektiven Bestande nach" nur eine einzige Obligation vorhanden, welche ungetheilt (in solidum) auf mehrere Subjekte — Schuldner oder Gläubiger — bezogen wird. Jeder der mehreren Schuldner oder Gläubiger steht demnach hier in demselben Verhältniß zu der obligatio, wie wenn er der einzige Schuldner oder Gläubiger wäre, aber Jeder nur alternativ, und es findet also bei der Korreal-Obligation wesentlich dasselbe Verhältniß in subjektiver Beziehung Statt, was uns bei der alternativen Obligation in objektiver Beziehung entgegentritt; vgl. auch Girtanner a. d. aa. OO. Diese troß der Mehrheit der Subjekte vorhandene Identität der Obligation wird denn auch in den Quellen mehrfach hervorgehoben. So wird z. B. in T. 1. von Justinian das Nichtvorhandensein einer Korreal-Obligation so bezeichnet, daß da *„alia atque alia* obligatio" begründet sei; so charakterisirt Papinian in T. 2. mehrere Korreal-Schuldner als „duo rei *ejusdem obligationis*", und Ulpian in T. 3. sagt geradezu von einer Korreal-Obligation: „quum *una sit obligatio*, una et summa est"; vgl. auch l. 71. de fidej. (46, 1): „duo rei *ejusdem debiti*", l. 34. §. 1. de solut. (46, 3): *„obligatio communis*"; l. 16. de accept. (46, 3): „ex duobus pluribusque *ejusdem obligationis* participibus" u. s. w. Es zeigt sich aber diese Identität der Obligation auch augenscheinlich in der Rechtsform, in welcher bei den Römern eine Korreal-Obligation begründet zu werden pflegte (s. Anm. 2.), und vorzugsweise tritt dieselbe in einer Reihe von Rechtssätzen hervor, die nur unter Voraussetzung derselben zivilistisch konstruirt werden können. So gilt z. B. für die reine Korreal-Obligation die Regel, daß nicht etwa blos die Zahlung, sondern daß alle Ereignisse, welche die obligatio

in ihrem objektiven Bestande aufheben, wenn dieselben auch nur in der Person eines correus eintreten, das ganze obligatorische Verhältniß auch für alle übrigen correi zerstören (s. Anm. 5.). So schadet das positive Vergehen, dessen sich ein correus gegen die gemeinsame Obligation schuldig macht, und wodurch der Inhalt derselben modifizirt wird, auch den übrigen correis, l. 18. h. t.:

„Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet“,

vgl. Ribbentrop S. 28 fgg. und die dort in Not. 8. Zitt., Rückert in Gieß. Zeitschr. a. a. O. S. 19 fgg. (ganz abweichende Ansichten s. bei Wolff Mora S. 191 fgg. und Girtanner a. a. O. S. 407 fgg.), und so wirkt endlich bei einer wahren Korreal-Oblig. die Unterbrechung der Verjährung, die von Seiten eines der correi credendi ausgeht, auch für alle übrigen, und eben so äußert auch die Interruption, die in der Person eines der correi debendi geschieht, ihre Wirkung auf alle übrigen Korrealschuldner, „cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit“, l. ult. C. h. t. — Obwohl es nun hiernach nicht wohl bezweifelt werden kann, daß bei der Korreal-Obligation wirklich nur eine einzige obligatio vorhanden ist, so ist dabei doch auch die solidarische Beziehung derselben auf mehrere Subjekte wohl zu berücksichtigen, denn unbeschadet der Einheit der Obligation kann es doch vorkommen, daß bei den mehreren Schuldnern oder mehreren Gläubigern nicht gerade dieselbe subjektive Beziehung vorhanden ist, sondern es kann diese von Anfang an verschieden sein, oder sich auch ex post verschieden gestalten. So kann, wenn man den objektiven Bestand und die subjektive Beziehung der obligatio gehörig unterscheidet, es nicht auffallend sein, daß z. B. der eine correus pure, der andre sub conditione (§. 2. J. h. t., l. 7, l. 9. §. 2. h. t.), der Eine principaliter, der Andre accessorisch berechtigt oder verpflichtet ist (in welcher letzten Beziehung an das Verhältniß des Hauptschuldners und des Bürgen, und an das Verhältniß des stipulator und adstipulator zu erinnern ist, bei welchen trotz der verschiedenen subjektiven Stellung der mehreren Obligations-Interessenten doch durchaus nur eine einzige Obligation zu Grunde liegt [*„eadem obligatione tenentur“*, l. 1. §. 8. de O. et A.], und eine wahre Korreal-Obligation angenommen werden muß). So muß es ferner ganz konsequent erscheinen, daß durch Ereignisse welche nur die Betheiligung des einen correus an der gemeinschaftlichen Obligation aufheben, ohne den objektiven Bestand der obligatio zu berühren, auch nur ein Heraustreten dieses einen correus aus der gemeinsamen Obligation, aber nicht ein Erlöschen der Obligation selbst herbeigeführt wird, „multum enim interest, utrum res ipsa

solvatur, an persona liberetur", l. ult. h. t. (s. Anm. 5.), und mit dieser Unterscheidung zwischen dem objektiven Bestand und der blos subjektiven Beziehung hängt es auch ganz natürlich zusammen, daß dadurch, daß der eine correus in eine mora versetzt wird, nicht auch den andren correus die Strafen des Verzugs treffen, l. 32. §. 4. de usur. (22, 1), l. 73. de R. J., Ribbentrop S. 28 fgg., und daß, wenn ein correus den andren beerbt, keine confusio angenommen wird, sondern noch fortwährend in der Person der Erben die eigne und die ererbte Obligation unterschieden werden, T. 4. verb. mit l. 13. h. t., l. 93. de solut. (46, 3). Und daraus, daß man hiernach in subjektiver Beziehung gleichsam mehrere Obligationen annehmen kann, vgl. l. 9. §. 2. h. t.: „nam etsi maxime parem causam suscipiunt, *nihilo minus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio*", erklärt es sich auch, daß die Römer, wenn sie nicht ganz scharf reden, auch wohl bei einer Korreal-Obligation von mehreren Obligationen der verschiedenen Theilnehmer sprechen, vgl. z. B. T. 1: „in *utraque* obligatione", T. 4: „*duae* obligationes", l. 15. h. t.: „*duas* obligationes".

Aus diesen Erörterungen über das Wesen der Korreal-Obl. ergibt sich wohl schon von selbst der völlige Ungrund der Ansicht, welche Hasse, Beitrage zur Revision der bish. Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft. Kiel 1808. S. 47 fgg. beiläufig aufstellt, daß nämlich bei der passiven Korreal-Obligation zwar nur ein Recht, aber mehrere verschiedene Verbindlichkeiten, und bei der aktiven Korreal-Obligation zwar nur eine Verbindlichkeit, aber mehrere verschiedene Rechte angenommen werden müßten, vgl. dagegen auch Ribbentrop S. 18 fgg., und noch viel weniger kann es gebilligt werden, wenn neuerlich Brackenhöft, Identität und Konnexität d. Rechtsverh. S. 145. Not. und S. 150 fgg. zwischen der aktiven und passiven Korreal-Obligation in der Art unterscheiden will, daß zwar wohl bei der erstren nur eine Obligation anzunehmen sei, und die Korreal-Gläubiger gleichsam in einer Personal-Einheit ständen, bei der letztren (der passiven) aber allerdings mehrere verschiedene Obligationen statuirt werden müßten, woraus er dann namentlich folgert, daß zwar wohl bei der aktiven Korreal-Obligation Litiskontestation und Urtheil in der Person des einen Gläubigers auch für den andren wirksam seien, bei der passiven aber sich dieses anders verhalte. Schon aus dem gänzlichen Ungrunde dieser Folgerung, die später noch nachgewiesen werden soll (Anm. 5.), geht hinreichend die Unhaltbarkeit dieser ganzen Unterscheidung hervor, für die sich auch kein genügender innerer Grund auffinden läßt, und die einem Jeden, der mit Unbefangenheit die Quellen liest, und die da überall hervortretende durchaus parallele Behandlung der aktiven und

passiven Korreal-Obligation ins Auge faßt, als gänzlich verwerflich erscheinen muß. Zwar glaubt Brackenhöft namentlich in l. 5. de fidej. (T. 4.) den von ihm angegebenen Gegensatz zwischen aktiver und passiver Korreal-Obligation gefunden zu haben, denn während der Jurist dann, wenn ein Korreal-Schuldner den andren beerbt, sagt: „*duas* obligationes sustinet" (also zwei Obligationen), sage er von dem andren Falle, wenn ein Korreal-Gläubiger Erbe des andren geworden sei: „duas species obligat*ionis* sustinebit" (also nur eine Obligation in doppelter Beziehung). Wie wenig Gewicht aber auf diese verschiedene Ausdrucksweise zu legen ist, und wie beide Ausdrücke ganz identisch im Sinne Julian's sind, geht aus den unmittelbar folgenden Worten hervor, wo derselbe gerade auch bei der aktiven Korreal-Obligation von *duae* obligationes spricht; denn die Uebersetzung, welche Brackenhöft von diesen Worten gibt: „denn würde er hier mehrere Obligationen haben („haberet"), so würde ihre Natur die sein, daß wenn die eine in judicium deducirt, die andre damit consumirt wäre", beruht doch augenscheinlich auf einem etwas argen Mißverständniß, und kann nur einiger Maßen durch die Vorliebe für die einmal gefaßte Idee erklärt werden.

II. Wesentlich verschieden von dieser Korreal-Obligation ist die blos solidarische Verbindlichkeit, die sich dadurch charakterisirt, daß dabei so viele verschiedene Obligationen, als Subjekte vorkommen, daß aber dennoch der Gläubiger nur eine einmalige Leistung verlangen kann, und also durch die Befriedigung desselben durch Einen oder mehrere Schuldner auch die Befreiung der Uebrigen herbeigeführt wird. Dieses Letztre bringt nun freilich die solidarische Obligation der Korreal-Obligation sehr nahe, und die praktische Behandlung derselben ist daher in vielfachen Beziehungen dieselbe, vgl. auch l. 5. §. 15. commod. (13, 6): „*duo quodammodo rei habebuntur*", l. 45. de adm. et per tut. (26, 7): „— — *quasi duo rei ejusdem debiti essent*" (über welche letztre interessante Stelle noch bes. Ribbentrop S. 72 fgg. zu vergleichen ist): aber vor einer Identifizirung beider Obligationsarten muß man sich doch hüten, da auch wesentliche Verschiedenheiten angenommen werden müssen. So namentlich kann bei der solidarischen Verbindlichkeit nicht jedes Ereigniß, welches den objektiven Bestand der obligatio ergreift, das ganze Obligations-Verhältniß zerstören, sondern nur Zahlung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers (s. Anm. 5), und eben so dürfen auch sicherlich bei der solidarischen Verbindlichkeit weder die Vorschriften der l. 18. h. t. noch der l. 5. C. h. t. (s. oben S. 69) in Anwendung gebracht werden, so wie denn auch in Betreff der dem zahlenden Schuldner zu gestattenden Regreßklage die verschiedene Natur der Korreal- und der solidarischen Verbindlichkeit

scharf hervortritt (s. Anm. 3). — Wenn jetzt Rückert a. d. aa. OO. zwar fast sämmtliche hier angedeuteten Verschiedenheiten zwischen der Korreal-Obligation und der blos solidarischen Verbindlichkeit einräumt, aber dennoch keinen prinzipiellen Unterschied zwischen beiden obligatorischen Verhältnissen statuiren, sondern die Eigenthümlichkeiten der Korreal-Obligation nur als Bestimmungen rein positiver Natur auffassen will, also als Singularitäten, zu denen der Gesetzgeber sich lediglich durch Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit habe bestimmen lassen: so dürfte dieser Angriff gegen die jetzt herrschende Lehre derselben wohl schwerlich sehr gefährlich werden. Er gründet sich nämlich im Wesentlichen nur auf die, m. E. ganz individuellen Ansichten Rückert's, daß „der objektive Bestand und die subjektive Beziehung Begriffe seien, welche in der Luft schwebten", und daß das Dogma von der Einheit der Obligation, worauf die jetzt herrschende Lehre die Theorie von der Korreal-Obligation zurückführe, nichts als eine gehaltlose Phrase sei, welcher „die Begriffe abgehen, und das deßhalb der Theorie einen sichern Boden nicht gewähren könne" (vgl. Zeitschr. a. a. O. S. 10. 13. 57).

III. Sowohl von der Korreal-, als von der solidarischen Obligation unterscheidet sich die *obligatio individua*, obwohl auch hierbei wegen der Untheilbarkeit des schuldigen Objekts ähnliche Erscheinungen, wie bei jenen, Platz greifen. Ich muß jedoch in dieser Beziehung auf die Ausführungen in §. 567. Anm. 2. zurück verweisen.

Anm. 2. Fragt man nach den Entstehungsgründen der Korreal- und der solidarischen Obligationen, so enthält das römische Recht in Betreff der Korreal-Obligationen, zu denen wir uns zunächst wenden, folgende wesentlichen Bestimmungen:

1) Die Korreal-Obligation entsteht vorzugsweise durch einen, auf Begründung derselben gerichteten Vertrag, welcher der Regel nach in der Form der Stipulation abgeschlossen wurde, und schon in seiner äußern Erscheinung auf die Einheit der zu begründenden Obligation hindeutete. Sollte nämlich eine aktive Korreal-Obligation begründet werden, so war es die Regel, daß erst beide Stipulatoren ihre Frage an den Schuldner richteten, und darauf dann der Schuldner Beiden zusammen antwortete. Nachdem also z. B. der Stipulator Gajus den Schuldner gefragt hat: spondesne mihi X dare? fragt sogleich auch der Stipulator Titius: spondesne mihi eosdem X dare? und darauf antwortet dann der Promissor auf beide Fragen zusammen: utrique vestrum X dare spondeo, vgl. T. 1. Handelte es sich aber um Begründung einer passiven Korreal-Obligation, so fragt der künftige Gläubiger erst beide Promissoren hinter einander: Maevi, X dare spondes? Sei, eosdem X dare spondes? oder auch so: Maevi et Sei, eosdem X dare spondetis?

worauf dann entweder beide Promissoren zusammen mit: spondemus, oder jeder Einzelne mit: spondeo antwortete, T. 1. vgl. mit l. 4. h. t. Wenn aber auch diese Art der Korreal-Stipulation gewiß meistens angewendet wurde, um jede Mißdeutung zu verhüten, so war dies doch sicherlich nicht gerade nothwendig, sondern es konnte auch vorkommen, daß zuerst eine gewöhnliche Stipulation zwischen zwei Interessenten vollständig abgeschlossen wurde, und darauf ein Dritter durch Abschluß einer neuen stipulatio, in der dann nur bestimmt auf die Identität der obligatio hingewiesen wurde, jener schon begründeten obligatio hinzutrat, und zwar ist dies wohl nicht blos der Fall, wenn es auf Begründung einer accessorischen Korreal-Obligation — adpromissio oder adstipulatio — ankam (in welchen Fällen die Trennung der mehreren Stipulationen die durchgreifende Regel bildet), sondern gewiß wohl auch, wenn der Dritte als prinzipaler correus promittendi oder stipulandi hinzutreten wollte, nur daß hier durch irgend eine Wendung bei der zweiten Stipulation der Gedanke an eine blose adpromissio oder adstipulatio ausgeschlossen werden mußte. Zwar leugnet dies Liebe, Stipul. S. 215 fgg., indem derselbe ausschließlich bei der accessorischen Korreal-Obligation mehrere der Zeit nach auf einander folgende Stipulationen zulassen will, und auch Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 413 fgg. hält Einheit des Kontrakts für die wesentliche Voraussetzung der Korreal-Obligation; aber meiner Ueberzeugung nach geht das Gegentheil entschieden aus l. 3. pr. h. t. hervor:

> *Ulpian.* „In duobus reis promittendi frustra timetur novatio; nam licet ante prior responderit, posterior etsi *ex intervallo accipiatur*, consequens est dicere, *pristinam* obligationem durare, et *sequentem* accedere, et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, *quum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur*, neque ulla novatio fiat",

und darauf hin deuten auch l. 7. 9. §. 2. h. t., l. 7. §. 1. de auct. et cons. tutor. (26,8); vgl. auch Ribbentrop S. 113 fgg. und Buchka Einfluß d. Proz. auf d. mater. Rechtsverh. I. S. 105 fgg. — Uebrigens kann auch schon nach römischem Rechte eine echte Korreal-Obligation nicht ausschließlich durch Stipulation, sondern auch durch blose Nebenverabredung bei contractus bonae fidei abgeschlossen werden, l. 9. h. t.:

> *Papinian.* „Eandem rem apud duos pariter deposui, *utriusque fidem in solidum secutus*, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, com-

modato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: Titius et Maevius Sempronio X dato",

vgl. Ribbentr. S. 119 fgg., Savigny S. 153 fgg., und h. z. T. ist jedenfalls jeder Vertrag vollkommen hinreichend, wenn nur die Absicht der Partheien, eine Korreal-Obligation zu begründen, mit Sicherheit daraus hervorgeht. Wenn nämlich öfter gelehrt wird, daß nach Justinian's Verordnung in Nov. 99. c. 1. eine Korreal-Obligation nicht mehr anders angenommen werden könne, als wenn die Schuldner mit ausdrücklichen Worten erklärt hätten, daß Jeder für das Ganze einstehen wolle, so beruht dies auf einer irrigen Auslegung jenes vielbesprochenen Gesetzes, wovon aber erst in der Anm. 4. näher die Rede sein kann.

2) Die zweite Entstehungsart der Korreal-Oblig. ist das Testament, und zwar entsteht eine passive Korreal-Obl. schon dadurch, daß der Erblasser alternativ den Einen oder Andren seiner Erben mit einem Legate belastet, l. 8. §. 1. de legat. I., l. 25. de legat. III. Daß dieses auch dann der Fall gewesen sei, wenn der Erblasser gesagt habe: Titius *et* Maevius Sempronio X. dato, wie in der vorher abgedruckten l. 9. pr. h. t. steht, ist schwer zu glauben, und man muß daher wohl gewiß mit Cujac. Statt *et* lesen *aut*, vgl. oben Bd. II. S. 485 fg. — Um eine aktive Korreal-Obl. zu begründen, genügt aber eine alternative Fassung des Legats nicht, da nach Justinian's wunderlicher Enscheidung in l. 4. C. de V. S. (6, 38) das Vermächtniß in einem solchen Falle getheilt wird. Der Testator muß also hier seinen Willen, eine Korreal-Obligation zu begründen, spezieller aussprechen.

3) Eine Korreal-Obl. entsteht auch in den Fällen der actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, exercitoria und institoria, indem auch bei ihnen eine wahre Identität der Obligation des Vaters oder des Mandanten mit der des Sohnes oder Mandatarius begründet ist, weßhalb denn hier auch wesentlich dieselben Erscheinungen sich zeigen, wie bei der Korreal-Obl., namentlich in Betreff der prozessualischen Konsumtion, vgl. oben Bd. I. S. 325 fg. Zwar kommen in diesen, durch das prätorische Edikt begründeten Fällen die für Korreal-Obligationen technischen Ausdrücke duo rei promittendi etc. in unsren Quellen nicht vor, aber deßungeachtet darf nicht bezweifelt werden, daß die mehreren Schuldner der Sache nach wirklich wie Korrealschuldner aufgefaßt werden müssen; vgl. auch Savigny S. 209 fgg., welcher zwar diese Fälle zu den von ihm s. g. unechten Fällen des Korrealverhältnisses zählt, aber doch zugibt, daß sie in allen wesentlichen Punkten als echte Korreal-Obligationen zu behandeln sind, s. auch Brinz cit. S. 13 fg. S. 24 fg. — Da übrigens hierbei die Obligation des exercitor u. s. w. identisch ist mit der des

magister, so muß auch begreiflich die Obligation mehrer Exerzitoren, welche ein Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet und einen magister darüber angeordnet haben, unter einander identisch sein — denn gegen Jeden der mehreren Exerzitoren wird ja nur eine und dieselbe obligatio des Magisters geltend gemacht —, und es müssen also auch mehrere Exerzitoren unter einander nicht, wie z. B. noch v. Schröter a. a. O. S. 414., Mühlenbruch, Lehrb. §. 491. Puchta §. 223, Sintenis II. S. 129. Not. 26. u. A. m. annehmen, als blos solidarisch Verpflichtete, sondern vielmehr wie Korrealschuldner behandelt werden; s. auch Brinz a. a. O. S. 13 fgg.

4) Wenn durch einen gemeinschaftlichen Sklaven oder durch ein gemeinschaftliches Thier ein solcher Schaden zugefügt wird, daß daraus eine Noxalklage entsteht, so haften die Miteigenthümer wie Korrealschuldner, und auch dann, wenn ein Nichteigenthümer auf eine an ihn gerichtete interrogatio in jure sich als Eigenthümer des delinquirenden Sklaven oder Thieres bekannt hat, tritt eine Art von Korreal-Verhältniß zwischen dem wahren Eigenthümer und dem Nichteigenthümer ein, l. 1. §. 14. 15. si quadrup. pauper (9, 1), l. 8. de nox. act. (9, 4), l. 7. 8. 14. pr., l. 20. pr. de interrog. in jure (11, 1). — Mit jenem Falle der reinen Noxalklage ist aber ungeachtet der Gegenbemerkungen von Buchka Einfluß d. Proz. I. S. 114 fgg. nicht der andre zu verwechseln, wenn einer der Miteigenthümer des delinquirenden Sklaven *conscius* ist, denn hier ist nicht blos, wie dort, eine einzige Obligation der mehreren Eigenthümer ex persona servi vorhanden, sondern in der Person des conscius ist noch durch sein eignes Faktum eine besondre Obligation begründet, woraus sich von selbst die Entscheidungen in l. 5. pr., l. 17. pr. de nox. act. (9, 4) erklären. vgl. Ribbentr. S. 243 fgg., Brinz S. 14 fgg.

5) Mehrere Argentarien, welche ihr Gewerbe gemeinschaftlich betreiben, gelten in Betreff aller, auf ihr Gewerbe Bezug habenden Geschäfte, mögen dieselben gemeinschaftlich oder von einem Einzelnen abgeschlossen sein, wie correi stipulandi oder promittendi. Auct. ad Herenn. II. 13, l. 9. pr., l. 25. pr., l. 27. pr. de pact. (2, 14). l. 34. pr. de recept. (4, 8), vgl. Savigny S. 449 fgg.

6) Endlich kann auch gewisser Maßen in einem Falle wegen Untheilbarkeit des Objekts eine Korreal-Obl. angenommen werden, worüber schon zu §. 567. das Nöthige bemerkt ist, siehe oben S. 16.

Dies sind die Fälle, in denen das römische Recht erweislich eine einzige obligatio mit mehrfacher subjektiver Beziehung, also eine Korreal-Obl. statuirt, während dagegen in den andren Fällen, die man früher noch hierher zu zählen pflegte, der richtigeren Ansicht nach eine Mehrheit von Obligationen begründet ist, und die mehreren

Schuldner also nicht als correi debendi, sondern blos solidarisch haften. Das am Meisten in die Augen fallende Kriterium für die Fälle dieser zweiten Klasse ist das, daß dabei keine prozessualische Konsumtion eintritt — eben weil ja durch den Rechtsstreit gegen den Einen Schuldner nicht auch die obligatio der Andren in judicium deduzirt wird, was begreiflich bei der reinen Korreal-Obl. sich anders verhält —, sondern daß die übrigen Schuldner nur erst dann befreit werden, wenn einer von ihnen wirklich den Gläubiger befriedigt hat. Es ist aber namentlich eine derartige blos solidarische Verbindlichkeit begründet:

1) wenn Mehrere zusammen ein Delikt verübt haben, und deßhalb solidarisch zum Schadensersatz verpflichtet sind; vgl. l. 1. §. 4. de eo, per quem fact. (2, 10), l. 14. §. 15, l. 15. quod met. causa (4, 2), l. 17. pr. de dolo (4, 3), l. 5. de nox. act. (9, 4), l. 3. si mensor. fals. mod. (11, 6), l. 1. de cond. furt. (13, 1), l. 7. §. 4. quod falso tut. (27, 6), l. 1. §. 13. de vi (43, 16), in welchen sämmtlichen Stellen für eine Reihe der verschiedenartigsten Delikte derselbe Grundsatz anerkannt wird, daß erst durch die Befriedigung von Seiten eines der Theilnehmer die übrigen Deliktsschuldner liberirt werden. Ueber die scheinbar widerstreitende l. 15. §. 2. quod vi aut clam (43, 24) vgl. Ribbentr. S. 95 fgg.

2) Dasselbe tritt ein bei dem Verhältniß mehrerer Kontutoren, sofern nur einem Jeden von ihnen eine culpa vorgeworfen werden kann, l. 1. §. 43. depos. (16, 3), l. 18. §. 1, l. 42. de adm. tut. (26, 7), l. 1. §. 13, l. 15. 21. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 2. C. de contr. jud. tut. (5, 58), vgl. Ribbentr. S. 44 fgg., Rudorff, R. d. Vorm. III. S. 22 fgg., Savigny S. 206 fgg. Wenn in manchen Stellen Ausdrücke gebraucht werden, die auf die eigentliche Korreal-Obl. hinzuweisen scheinen, z. B. l. 38. de adm. tut. (26, 7): *„ut ejusdem pecuniae debitores"*, l. 45. eod.: *„quasi duo rei ejusdem debiti"*, so soll damit nichts als eine, in vielen Beziehungen auch wirklich zutreffende, Aehnlichkeit mit der Korreal-Obl. angedeutet werden.

3) Was von mehreren Mitvormündern, gilt auch ganz so von mehreren Magistraten, deren Verhältniß unter einander öfter mit dem der mehreren Vormünder zusammengestellt wird, vgl. z. B. l. 45. de adm. tut. (26, 7), wie es denn auch wirklich mit demselben in allen wesentlichen Punkten die unverkennbarste Aehnlichkeit hat.

4) Hierher gehört auch der Fall, wenn Mehrere zwar gemeinschaftlich, aber ohne sich durch ein pactum adjectum zu Korrealschuldner zu machen, einen Vertrag abschließen, und sich dann eines gemeinschaftlichen Vergehens gegen die übernommene Verbindlichkeit

schuldig machen. So haften also z. B. blos solidarisch, aber nicht correaliter mehrere Mandatare, welche zusammen die Besorgung eines Geschäfts übernommen haben, und dasselbe gar nicht oder schlecht besorgen, l. 60. §. 2. mandati (17, 1), mehrere Depositare, welche gemeinschaftlich die deponirte Sache unterschlagen haben, l. 1. §. 43. depos. (16. 3) [„non enim electione, sed *solutione* liberantur"], und eben so auch mehrere Kommodatare und Miether, denen eine gemeinsame culpa oder diligentiae omissio vorgeworfen werden kann, l. 5. §. 15. commod. (13, 6) [„si alter conventus *praestiterit*, liberabit alterum„] Ribbentrop S. 121 fgg., Savigny S. 203 fgg., Brinz S. 44 fg. — Uebrigens entsteht aus solchen gemeinschaftlichen Verträgen nur eine solidarische Verpflichtung, nicht aber auch ein solidarisches Recht, und mehrere Deponenten, Verpachter u. dgl. sind überall blos pro rata berechtigt, und auch, wenn eine theilweise Restitution aus faktischen Gründen unzulässig ist, so kann der Einzelne doch nur gegen genügende Kaution die Herausgabe des ganzen Objekts erzwingen, vgl. l. 1. §. 36, l. 14. pr. l. 17. pr. depos. (16, 3).

5) Auch mehrere Mandatoren haften solidarisch, indem der Gläubiger dann, wenn er von dem Schuldner nicht befriedigt wird, die actio mandati contraria gegen Jeden in solidum anstellen kann, und „absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur *pecunia soluta*", l. 52. §. 3. de fidejuss. (46, 1).

6) Endlich tritt auch bei der s. g. actio de effusis et dejectis ein blos solidarisches Haften mehrerer Bewohner desselben Zimmers ein, l. 1. §. 10, l. 2. 3. 4. de his qui effud. (9, 3): „caeteri liberantur *perceptione, non litis contestatione*".

Anm. 3. Ob bei der passiven Korreal-Obl. derjenige, welcher das Ganze bezahlte, eine Regreßklage gegen die übrigen Korrealschuldner habe, war schon unter den Glossatoren bestritten, vgl. Gloss. ad l. 2. C. de duob. reis, und auch unter den späteren Juristen herrschte darüber viel Streit, obwohl doch von jeher die Mehrzahl der Theoretiker sich für die Ansicht des Bulgarus erklärte, daß dem zahlenden correus als solchem schlechthin keine Regreßklage zustehe, sondern dazu stets besondere Gründe erforderlich seien, vgl. die Nachweisungen bei v. Schröter S. 415 fgg. Freilich hat auch die entgegengesetzte, anscheinend billigere Meinung, nicht selten Eingang in der Praxis und bei praktischen Schriftstellern gefunden, vgl. Glück IV. S. 528. und die dort in Not. 92. Zitt., und noch neuerlich hat W. Sell in Gießer Zeitschr. III. S. 370 fgg., IV. S. 17 fgg. in ausführlicher Darstellung dieselbe auch theoretisch zu begründen versucht, vgl. auch dessen Vers. Th. I. S. 116. Not. 2. und Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis Bd. I. S. 79 fgg., aber deßungeachtet hat sich auch

v. z. T. die fast einstimmige Meinung unsrer Rechtslehrer bestimmt gegen die Zuläßigkeit einer Regreßklage ausgesprochen, vgl. z. B. Thibaut, Syst. (8. Aufl.) §. 138, Schweppe, Handb. §. 374. v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 207, Seuffert, Lehrb. 228, Valett, Lehrb. §. 451, Mühlenbruch §. 492, *Heimberger*, jus rom. priv. §. 459, *Warnkoenig*, comm. jur. rom. §. 542, Puchta Lehrb. §. 235, Roßhirt, das gem. Zivilr. §. 374, Göschen, Vorles. §. 374, Sintenis II. S. 136 fg. Not. 40, Arndts §. 213. — Rubo, über Theilbark. S. 112. Not. Mühlenbruch, Cession S. 468, Braun, Erörtr. zu Thib. S. 245., Bucher, das Recht der Fordr. §. 117, Unterh. §. 91. a. E. 534. (Bd. I. S. 186, Bd. II. S. 400 fgg.), Koch II. S. 30. Heimbach a. a. O. S. 449. S. 456 fg., *Molitor* cit. III. p. 416 sqq., und diese herrschende Lehre ist denn auch in ausführlichen, besonders gegen Sell gerichteten Abhandlungen vertheidigt worden von v. Schröter, in der Gießer Zeitschr. VI. S. 415 fgg. und neuerlich von Habicht, rechtl. Erörtr. und Entscheidungen gemeinrechtl. Kontroversen Bd. I. Zerbst 1843. S. 1 fgg., aus welchem letztren Aufsatz (S. 76 fgg.) wir auch erfahren, daß die Praxis des Oberappellat. Gerichts zu Zerbst sich völlig dieser herrschenden Theorie anschließt. In der That läßt sich wohl auch bei genauerer Betrachtung an der Richtigkeit dieser Theorie nicht wohl zweifeln, und zwar dürfte es dabei wesentlich auf folgende Punkte ankommen:

1) Für diese Ansicht spricht schon von vorne herein das Wesen der Korreal-Obl. und auch die angebliche Billigkeit, worauf sich die Gegner besonders berufen, ist in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden; denn daß die Uebrigen durch die Zahlung des Einen befreit werden, kann doch gewiß für den, welcher nichts als seine Schuldigkeit gethan hat, auch nach der bloßen Billigkeit keinen Anspruch auf Entschädigung begründen, und wenn man hierher noch besonders die Natur der actio negotior. gestorum *utilis* gezogen hat, so übersah man, daß diese Klage selbst in ihrer weitesten Ausdehnung doch immer ein Handeln in einer fremden oder gemeinschaftlichen Angelegenheit voraussetzt, was doch bei der Korreal-Obl. nicht Statt findet. Denn hier erfüllt der Korreus durchaus nur seine obligatio, und nicht etwa zugleich auch eine selbständige fremde, indem ja überhaupt nur eine Obligation vorhanden ist.

2) Dies aus dem Wesen der Korreal-Obl. sich schon von selbst ergebende Resultat wird auch vollkommen durch unsere Gesetze bestätigt, und zwar ist die Hauptstelle die von Sell nicht beachtete l. 62. pr. ad leg. Falcid. (35, 2):

Ulpian. „In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si

quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent, vel promisissent; quodsi societas inter eos nulla fuerit, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi",

denn hier liegt ganz unverkennbar der Gedanke zu Grunde, daß, wenn keine Sozietät unter den correi credendi oder debendi vorhanden ist, Keiner der Erstren das, was er empfängt, den Andren mittheilen muß, und Keiner der Letztren für dasjenige Ersatz fordern darf, was er bezahlt hat. Dies bestätigt sich denn auch vollkommen durch *Gai.* III. 122, §. 4. J. de fidej. (3, 20), l. 39. de fidej. (46, 1), l. 11. C. eod. (8, 41), wonach der zahlende Fidejussor durchaus keine Klage auf theilweisen Ersatz gegen seine Mitbürgen (also gegen die andren Korrealschuldner) hat, wenn er sich nicht etwa vom Gläubiger die Klagen hat zediren lassen.

3) Für die gegnerische Meinung hat man sich aber von jeher besonders auf die l. 2. C. h. t. berufen:

Dioclet. et *Maximian.* A. A. Diogeni. „Creditor prohiberi non potest exigere debitum, quum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit, et ideo si probaveris, te conventum in solidum exsolvisse, *rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur*".

Freilich möchte es kaum angehen, dieses Reskript gerade nur von dem Falle verstehen zu wollen, wenn die Korrealschuldner in einem Sozietätsnexus stehen, wie dies nach dem Vorgange vieler Andren neuerlichst wieder besonders Habicht a. a. O. S. 36 fgg. vertheidigt hat (vgl. auch die dort S. 65. zahlreich Zitt.); denn auch abgesehen davon, daß unter dieser Voraussetzung das Resultat der Stelle so trivial sein würde, daß man sich kaum eine deßfallsige Anfrage an den Kaiser als möglich denken kann, so ist es jedenfalls willkürlich, das *communiter* gerade auf eine vorhandene Sozietät zu beziehen, indem darin offenbar nur liegt, daß beide zusammen das Darlehnsgeschäft mit dem Gläubiger abgeschlossen haben, ohne daß damit irgend etwas über das unter ihnen selbst bestehende Verhältniß ausgesprochen wäre, und unverzeihlich nachlässig würde die Ausdrucksweise sein, wenn gerade die Sozietät die ratio decidendi abgäbe, und diese mit so vagen Worten angedeutet wäre, daß darunter auch eben so gut andre Fälle des gemeinsamen Darlehns begriffen werden könnten. Dazu kommt auch noch, daß die Endworte der Stelle („rector provinciae *juvare te non cunctabitur*") doch kaum auf die dem jus commune angehörige actio pro socio bezogen werden dürfen. Auf der andren Seite kann aber auch in diesem

Reskripte unmöglich der allgemeine Satz gefunden werden, daß bei jeder Korrel-Obl. der zahlende Schuldner eine Regreßklage gegen die Uebrigen haben solle, sondern offenbar ist hier nur ein eigenthümlicher Fall entschieden, über welchen hinaus das Gesetz nicht angewendet werden darf. Die Schuldner hatten nämlich zusammen ein Darlehn empfangen, und sich zu dessen Rückzahlung durch eine besondre Stipulation correaliter verpflichtet. Für Jeden der mehreren Schuldner hatte hiernach der Vertrag einen unmittelbaren Vermögens-Vortheil herbeigeführt, und hätte nun also der, welcher das Ganze zahlte, keinen Ersatz von dem Andren fordern dürfen, so würde hier allerdings eine Bereicherung auf Kosten eines Andren Statt finden, und deßhalb gewähren die Kaiser eine actio in factum auf Ersatz. Gewiß kann man also aus der l. 2. cit. nur die verständige Modifikation unsrer Regel ableiten, daß dann und insoweit dem zahlenden correus eine Klage auf Ersatz zustehe, wenn und wieweit an dem Vortheile der Schuld, für welche sich die Schuldner correaliter verpflichteten, auch die Uebrigen partizipirten. Vgl. v. Schröter S. 425 fgg. und die dort Angeff.

4) Außer der l. 2. cit. führen die Gegner noch eine Reihe von Gesetzen an, in denen gesagt ist, daß Jeder von mehreren Vormündern, Magistraten oder Mitbewohnern eines Hauses, welcher mit der entsprechenden Klage belangt, das Ganze habe bezahlen müssen, eine Ersatzklage gegen die Uebrigen habe, sofern er nur nicht in dolo versirt habe, l. 30. de neg. gest. (3, 5), l. 1. §. 14. 15, l. 20. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 4. C. de in lit. dando tut. (5, 44), l. 2. C. de contr. judic. tut. (5, 58), l. 4. de his, qui effud. (9, 3). In diesen Stellen nämlich soll sich, wie Sell annimmt, das Prinzip des Justinianischen Rechts in Betreff der dem Korrealschuldner einzuräumenden Regreßklage aussprechen, und wenn das entgegengesetzte Recht noch in Justinian's Sammlung bei mehreren Bürgen anerkannt werde, so sei dies eine auf der besondren Strenge der fidejussio beruhende Singularität. Erwägt man aber den in den vorausgehenden Anmerkungen entwickelten Unterschied zwischen Korreal-Obl. und solidarischer Verbindlichkeit, und bedenkt man, daß die eben angeführten Stellen sämmtlich von Fällen der letztren Art sprechen, so verschwindet alle Schwierigkeit von selbst, und man muß nun den Satz aufstellen, daß zwar wohl bei der solidarischen Verbindlichkeit im engern Sinne, nicht aber auch bei der reinen Korreal-Obl. dem zahlenden Schuldner ein Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz zustehe. Es erklärt sich dies auch sehr natürlich, wenn man nur bedenkt, daß dann, wenn Einer von mehreren blos solidarisch Verpflichteten das Ganze zahlt, er nicht blos eine Obligation aufhebt, deren Subjekt er ist, sondern zugleich die selbständige Obligation der

Uebrigen. Da er dadurch zugleich in einer selbständigen fremden Angelegenheit handelt, so erhält er eben deßhalb die actio negotiorum gestorum auf Ersatz, an deren Stelle auch eine utilis actio aus fingirter Zession treten kann, vgl. die vorher zitt. Gesetze und v. Schröter S. 427 fgg. Wird freilich die solidarische Obligation durch gemeinschaftliches Delikt begründet, so ist von einer Regreßklage keine Rede, weil ja überhaupt im Falle des dolus nach den zitt. Gesetzen dieselbe wegfällt, und die actio legis Aquiliae, an die man hier noch denken könnte, weil sie keinen dolus, sondern blos culpa voraussetzt, darum hier außer Berücksichtigung bleibt, weil dieselbe bekanntlich als actio *poenalis* behandelt, und gegen Jeden der Komplicen in der Art in solidum eingeräumt wird, daß selbst die Zahlung des Einen die Uebrigen nicht liberirt, l. 11. §. 2, l. 51. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2). — Wie bei der solidarischen Verbindlichkeit, so ist aus ähnlichen Gründen auch bei der untheilbaren Obligation eine Regreßklage zuläßig, vgl. auch l. 44. §. 8. fam. herc. (10, 2), l. 11. §. 23. 24. de leg. III., l. 2. §. 5, l. 85. §. 3. de V. O. (45, 1). —

Wenn nun nach dem Bisherigen dem Korrealschuldner, als solchem, eine Ersatzklage abgesprochen werden muß, so versteht es sich doch von selbst, daß dieselbe unter Voraussetzung besondrer Gründe allerdings statthaft ist. Zwei Hauptfälle sind schon vorher beiläufig berührt worden, wenn die correi in einem Sozietätsverhältniß stehen, l. 62. ad leg. Falc. (35, 2), und wenn der Vortheil der Schuld auch den Uebrigen zu Gute kommt, l. 2. C. h. t., und dazu gehören dann auch ferner insbesondere Interzession, Mandat und Zession der Klage von Seiten des Gläubigers. Wenn Manche annehmen, daß man eine Regreßklage auch dann zulassen müsse, wenn man für Korrealschuldner ein beneficium divisionis aus der Nov. 99. für begründet halte, und nun Einer derselben, ohne die exceptio divisionis vorzuschützen, das Ganze gezahlt habe, weil eben in dieser Nichtvorschützung der Einrede eine wirksame negotiorum gestio gefunden werden müsse, vgl. Thibaut §. 138, v. Wening-Ingenh. §. 207, v. Schröter S. 435, Fritz zu Wening II. S. 198, Sintenis II. S. 137. Anm.: so dürfte dies schon nach allgemeinen Grundsätzen sehr zweifelhaft sein, vgl. bes. Habicht a. a. O. S. 13 fgg. und dagegen spricht sehr bestimmt das Verfahren der römischen Juristen, welche nach dem Obigen dem Bürgen die Regreßklage verweigerten, obwohl demselben durch die epistola Hadriani das auxilium divisionis eingeräumt war; hierin mit v. Schröter eine Singularität finden zu wollen, gibt es keinen hinreichenden Grund. —

Ich habe die obige Darstellung unverändert aus den früheren Auflagen herübergenommen, obwohl jetzt Savigny in einer sehr

ausführlichen Entwicklung (I. S. 226—278) die hier bekämpfte Meinung von Neuem vertheidigt hat. So scheinbar und bestechend aber auch diese neue Begründung beim ersten Anblick ist, so bin ich von der Wahrheit derselben doch nicht überzeugt. Savigny's Argumentation ist im Wesentlichen folgende: Jeder Korrealschuldner, dem die Zahlung der ganzen Schuld zugemuthet werde, könne dieselbe mittelst Vorschützung der exceptio doli so lange verweigern, bis ihm der Gläubiger die Klage gegen die Mitschuldner zedire. Dies gehe schon daraus hervor, weil im Falle der Korreal-Obligation genau derselbe juristische Gesichtspunkt begründet sei, welcher allen übrigen Fällen erzwingbarer Zession zu Grunde liege, der Gesichtspunkt nämlich, daß der Gläubiger sich eines dolus schuldig mache, wenn er durch Verweigerung der Zession den Schuldner eines unverkennbar billigen Regreßanspruchs berauben wolle, während doch die Vornahme der Zession für ihn selbst nicht den mindesten Nachtheil mit sich führe. Aber nicht blos aus allgemeinen Gründen gehe dieses Recht des Korrealschuldners, die Klagenzession zu verlangen, hervor, sondern dasselbe werde auch in mehreren Gesetzen speziell anerkannt, namentlich in l. 65. de evict. (21, 2), l. 47. locati (19, 2) und l. 13. C. de loc. (4, 65), und überdies spreche auch noch besonders dafür die Entscheidung der l. 1. §. 13. 14. de tutelae (27, 3), wo für den ganz ähnlichen Fall, wenn einer von mehrern Kontutoren auf das Ganze belangt sei, der Anspruch auf Zession ebenfalls anerkannt sei. — In allen Fällen erzwingbarer Zession sei nun aber im neuern römischen Rechte auch eine fingirte Zession durch Gestattung von utiles actiones anerkannt worden, und für den hier in Frage stehenden Fall gehe dies namentlich aus l. 1. §. 13. 14. cit. hervor, so wie sich denn auch daraus ganz wohl die Entscheidung der l. 2. C. de duob. reis (8, 40) erklären lasse. — Die für die gegnerische Meinung besonders angeführte l. 62. ad leg. Falcid. sei nicht beweisend, denn die Entscheidung Julian's beruhe nicht darauf, weil etwa nach seiner Ansicht aller Regreß-Anspruch, abgesehen von der Sozietät, unbedingt zu verneinen sei, sondern vielmehr darauf, weil derselbe doch nicht so sicher und gewiß sei, wie in dem Falle der Sozietät, und nur von dieser thatsächlichen Unsicherheit müsse der Ausdruck: in pendenti esse verstanden werden. Und wenn endlich noch Gewicht darauf gelegt werde, daß die Gesetze dem zahlenden Mitbürgen die Regreßklage verweigerten, so sei dies für die vorliegende Frage völlig irrelevant, da die Mitbürgen unter einander gar nicht in einem Korreal-Verhältniß ständen, ja überhaupt gar kein eigentliches Rechtsverhältniß zu einander hätten.

Gegen diese Deduktion Savigny's dürften hauptsächlich folgende Punkte in Erwägung kommen:

1) Daß jeder zur Zahlung angehaltene Korreal-Schuldner das s. g. benef. cedendarum actionum habe, ist durch Savigny nicht bewiesen. Wenn man auch zugeben kann, daß der von Savigny angedeutete Gesichtspunkt den gesetzlich begründeten Fällen dieser Rechtswohlthat (s. darüber unten §. 574. Anm. 3.) wirklich zu Grunde liegt, so ist dies doch begreiflich kein gesetzliches Prinzip, aus welchem neue, in den Gesetzen nicht begründete Konsequenzen gezogen werden dürften — und dazu eignet es sich auch seinem ganzen Gehalte nach nicht, denn wo fänden sich die Kriterien der „unverkennbaren Billigkeit"? —, sondern es ist eben nichts weiter, als ein Erklärungsgrund für die vorhandenen gesetzlichen Fälle. Sollte daher auch dieser Gesichtspunkt in dem Falle der Korreal-Obligation vollkommen passen — was ich keineswegs allgemein zugeben kann —, so würde uns dies doch nicht berechtigen, ohne spezielle gesetzliche Bestimmung jene Rechtswohlthat auf diesen Fall zu erstrecken. Was nun aber die von Savigny angeführten Gesetze anbelangt, so kommt die l. 1. §. 13. 14. de tutelae gar nicht in Betracht, da ich in unsrer Frage jeden Schluß von der blos solidarischen Verbindlichkeit auf die Korreal-Obligation für unzuläßig halten muß, und die l. 47. locati u. l. 13. C. de locat. erkennen nur für den Fall das benef. cedend. actionum an, wenn Mehrere zusammen etwas gekauft oder gepachtet und sich dabei dem Verkäufer oder Verpachter correaliter verpflichtet haben, also für einen Fall, in welchem das gemeinsame Schuldverhältniß so beschaffen ist, daß daraus für Jeden der mehreren Korrealschuldner ein unmittelbarer Vermögens-Vortheil hervorgeht; daß in Fällen dieser Art — in welchen ja auch nach unsrer Ansicht eine Regreßklage für den zahlenden correus begründet ist — die Klagen-Zession erzwungen werden kann, ist sehr natürlich (vgl. auch §. 574. Anm. 3. bei Nr. 5.), aber daraus kann gewiß keine allgemeine Regel für die Korreal-Obligation überhaupt abgeleitet werdrn. Es bleibt also nur die l. 65. de evict. übrig:

Papinian. „Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit; quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, propter indivisam pignoris causam, ***nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur;*** sed familiae erciscundae judicium eo nomine utile est, nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat parte, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri?"

Hieraus folgert nun Savigny, daß Papinian dann, wenn die Miterben sich correaliter verpflichtet hätten, die exceptio doli unbedenklich als zuläßig angesehen habe, und es setze also die Stelle „auf die unzweideutigste Weise voraus, daß jeder auf das Ganze verklagte Korrealschuldner berechtigt sei, durch doli exceptio die Zession der Klage gegen seine Mitschuldner zu erzwingen“ (S. 259). Dieser Schluß scheint mir aber nicht blos unsicher, sondern geradezu unrichtig zu sein. Bedenkt man nämlich, daß von dem beneficium cedendarum actionum begreiflich nur dann die Rede sein kann, wenn der Gläubiger gerade wegen dessen, was er jetzt einfordert, auch eine Klage gegen einen Dritten hat, und daß also dasselbe in allen Fällen einer getheilten Obligation unmöglich zur Anwendung kommen kann, und erwägt man ferner, daß in dem Falle der l. 65. cit. die beiden Miterben sich gerade nur „*pro partibus hereditariis*“ verpflichtet hatten: so erhalten die Worte: quia non duo rei facti proponerentur, auf welche Savigny soviel Gewicht legt, einen ganz andern Sinn. Offenbar will nämlich Papinian damit nur sagen, daß die Klagen-Zession hier unmöglich sei, „weil ja die obligatio eine divisa sei, indem sich jeder der beiden Miterben nur für die Hälfte, nicht für das Ganze verpflichtet habe.“ Er verneint also das beneficium, weil die erste und nothwendigste Voraussetzung desselben — daß der Gläubiger eine Klage hat, welche er zediren kann — hier nicht begründet sei; daß dies aber die einzige Voraussetzung und daß also, wenn dieselbe eintrete, wenn also namentlich eine Korrral-Obligation vorliege, das beneficium immer Platz greife, will er offenbar nicht sagen, und der Schluß, welcher aus Papinian's Argumentation gezogen werden kann, ist also nur der, daß in den Fällen der Korreal-Obligation das benef. cedend. act. denkbarer Weise eintreten könne, aber keineswegs auch, daß dasselbe in diesen Fällen immer wirklich begründet sei. Uebrigens bezweifle ich gar nicht, daß, wenn in dem Falle der l. 65. cit. sich die beiden Miterben wirklich correaliter verpflichtet hätten, und dann gerade derjenige in solidum belangt würde, welcher seinen Theil der Pfandschuld bezahlt hatte, dieser die Klagen-Zession zu fordern berechtigt sein würde — aber gewiß nicht auch der Andre! —, aber dies würde seinen Grund doch nur in den besondern Umständen dieses Falls haben, und wir würden also selbst dann, wenn Papinian wirklich die exceptio doli geradezu für zuläßig erklärt hätte, aus dieser Entscheidung eines einzelnen, besonders geeigenschafteten Falles keine allgemeine Regel für die Korreal-Obligation überhaupt ableiten dürfen.

2) Wenn aber auch wirklich einem jeden Korrealschuldner ein durch doli exceptio zu verwirklichendes Recht auf Klagen-Zession eingeräumt werden könnte, so dürfte daraus doch nicht ohne Weiteres

gefolgert werden, daß dem Schuldner, welcher gezahlt habe, ohne von diesem Rechte Gebrauch gemacht zu haben, nun doch eine utilis actio aus fingirter Zession zustände, denn die Behauptung Savigny's (S. 244 fgg.), daß im neueren römischen Rechte in allen Fällen erzwingbarer Zession auch eine fingirte Zession anerkannt sei, ist gewiß nicht begründet, vgl. Mühlenbruch Zession §. 43. 44. Dies wird schon entschieden durch die gesetzlichen Bestimmungen in Betreff der Bürgen widerlegt, denn obwohl diesen das beneficium cedendar. action. unzweifelhaft zusteht (und zwar nicht blos, wie Savigny S. 276 fg. annimmt, in der Art, daß dem angegriffenen Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner, sondern vielmehr so, daß ihm auch die Klagen gegen die Mitbürgen zedirt werden müssen, l. 17. 36. 39. de fidejuss. (46, 1), l. 11. C. eod. (8, 41); s. auch Girtanner Bürgsch. S. 538 fg. Not. 9, dessen Widerlegung Savigny's aber auch nicht ganz zutreffend ist), so wird ihnen doch ganz bestimmt jede Regreßklage abgesprochen, s. oben Nr. 2 a. E.

3) Sehr unbefriedigend scheint mir der Versuch Savigny's, die seiner Theorie widerstreitenden Stellen zu beseitigen. Was zunächst die l. 62. pr. ad leg. Falcid. anbelangt, so muß doch wohl jeder unbefangene Leser dieser Stelle zugeben, daß Julian und der ihm ganz beistimmende Ulpian unmöglich so hätten schreiben können, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß auch ohne Voraussetzung der Sozietät jeder zahlende Korrealschuldner eine Regreßklage gegen die Mitschuldner habe, denn, wenn dies wäre, so würde zwischen den beiden so scharf gegenüber gestellten Fällen („si quidem socii sint" — „quodsi societas inter eos nulla fuerit") auch nicht der mindeste juristisch relevante Unterschied in Betreff der Berechnung der Falzidischen Quart begründet sein; ob die actio pro socio oder die utilis actio aus fingirter Zession zum Zweck des Regresses angestellt werden kann, ist doch gewiß völlig gleichgiltig, und ich vermag nicht einzusehen, weßhalb im letztren Falle — die rechtliche Zuständigkeit der Klage vorausgesetzt — die Rechtsverfolgung weniger sicher und gewiß sein sollte, als im ersteren. — Was aber die weitere Behauptung Savigny's betrifft, daß die Mitbürgen unter einander gar keine Korrealschuldner, und folglich die Gesetze, in denen diesen die Regreßklage abgesprochen sei, für die vorliegende Frage irrelevant seien: so wäre es zu wünschen gewesen, daß Savigny für diese Behauptung auch Beweise beigebracht hätte. Bisher hat man fast allgemein (s. jedoch auch schon Liebe Stipul. S. 222 fgg.) das Gegentheil als sich ganz von selbst verstehend angenommen, und m. E. mit größtem Rechte; denn wenn es gewiß ist, daß die obligatio eines jeden einzelnen Bürgen mit der obligatio des Hauptschuldners identisch ist, so muß doch wohl auch die obligatio der mehrern Mitbürgen identisch

sein, und daß diese möglicher Weise gar nichts von einander wissen, auf welchen Umstand Savigny Gewicht zu legen scheint, ist für ihr Korreal-Verhältniß völlig gleichgiltig. Daß dies auch die unzweifelhafte Ansicht des römischen Rechts ist, hat auch neuerlich *Dedekind* de exceptione divisionis p. 12 sqq. ausführlich gegen Savigny nachgewiesen.

Anm. 4. Ob bei Korrealschuldnern das beneficium divisionis Platz greife, ist schon von den Zeiten der Glossatoren her bestritten, und auch die heutigen Juristen sind darüber noch sehr verschiedener Ansicht, vgl. bes. *Asverus*, spec. inaug. ad Nov. 99. Jen. 1822, v. Schröter in Gießer Zeitschr. VI. S. 435 fgg., Burchardi im ziv. Arch. XIX. S. 49 fgg., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 190 fgg., Heimbach in Gießer Zeitsch. XVI. S. 65 fgg., Girtanner Bürgschaft S. 125 fgg. S. 548 fg., Savigny Oblig. I. S. 279 fgg., *Grotefend* de except. divis. Gott. 1852. p. 53 sqq., *Rückert* de exc. divis. Gott. 1852. p. 25 sqq. p. 56 sqq. (s. auch Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 55 fgg.), *Dedekind* de exc. divis. Gott. 1853. p. 151 sqq., Brinz krit. Blätter Nr. 4. S. 35 fgg. So viel erkennt man allgemein an, daß vor Justinian davon keine Rede sein konnte, indem da jene Rechtswohlthat schlechthin nur in einzelnen, gesetzlich bestimmten Fällen vorkommt. Eingeführt war dieselbe nämlich durch eine epistola D. Hadriani für mehrere Fidejussoren, als Surrogat der für diese nicht anwendbaren lex Faria de sponsu, Gai. III. 121. 122, §. 4. J. de fidej. (3, 20), l. 26—28. de fidej. (46, 1). Justinian in l. ult. C. de const. pec. (4, 18) gibt an, daß dieselbe gleich von Anfang an auch bei mehreren Mandatoren Statt gefunden habe, vgl. auch l. 7. de fidej. et nomin. (27, 7), und eben so kam sie auch „exemplo fidejussorum“ bei mehreren Vormündern l. 1. §. 11. de tut. et rat. distr. (27, 3), und bei mehreren Magistraten vor, l. 7. de mag. conv. (27, 8), l. 3. C. eod. (5, 75), und Justinian dehnte dieselbe endlich auch auf mehrere Konstituenten aus, l. ult. C. de const. pec. (4, 18). Ob aber dieser Kaiser noch weiter gegangen, ob er sie in Nov. 99. auch auf mehrere Korrealschuldner in Anwendung gebracht habe, ist der Gegenstand des oben berührten Streits. Um die Justinianische Neuerung in ihrem wahren Lichte aufzufassen, muß man sie mit den Vorschriften der Nov. 4. c. 1. in Verbindung bringen. Dort führte bekanntlich Justinian das s. g. beneficium excussionis für Bürgen, Mandatoren und Konstituenten ein: der Gläubiger soll stets zunächst den prinzipalen Schuldner verklagen, und nur wenn er von diesem nichts oder nicht Alles erlangt hat, darf er seinen Rückgriff gegen die Bürgen nehmen; sollte der prinzipale Schuldner abwesend sein, so setzt der Richter den Bürgen eine angemessene Frist zur Herbeischaffung desselben,

und erst nach deren fruchtlosem Verstreichen haften sie selbst. An dieses Gesetz nun schließt sich unsere Nov. 99. unmittelbar an, indem der Kaiser in der praef. sie ausdrücklich als einen Nachtrag und eine Erweiterung der Nov. 4. aufführt. Um aber die Sphäre der Nov. 99. bestimmt abzugrenzen, müssen zwei wesentliche Voraussetzungen derselben scharf aufgefaßt werden. Es wird nämlich

1) verlangt, daß Mehrere einen gemeinsamen Schuldvertrag in der Art abschließen, daß für Jeden der mehreren Schuldner daraus ein verhältnißmäßiger Vortheil entspringt. Justinian denkt augenscheinlich principaliter an den Fall, wenn Mehrere zusammen ein Darlehn aufgenommen haben, welches jedem Einzelnen von ihnen verhältnißmäßig zu Gute kommt, denn er nennt ausdrücklich „τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν“, und eben so fassen auch die späteren Byzantiner die Novelle auf, vgl. *Athanas Scholast.* tit. XV. const. 2. (in *Heimb.* Anecd. tom. I. p. 151): „Ὁ ἀλληλεγγύως δανεισάμενος“, und *Theodor. Hermopol.* breviar. Novell. Just. nov. 99. (in *Zachariae* Anecd. p. 98; vgl. auch Heimb. Anecd. I. p. 262.): Οἱ ἀλληλεγγύως δανειζόμενοι“. Deßhalb aber mit Heimbach in der oben angef. Abh. die ganze Verordnung blos auf das Darlehn zu beschränken, geht schon wegen der generellen Ausdrucksweise im Anfang des cap. 1. nicht an, und wir müssen daher dieselbe gewiß auch auf andre Fälle beziehen, sofern sie nur das oben angedeutete Merkmal mit dem Darlehn gemein haben, wie z. B. wenn Mehrere zusammen etwas gekauft haben, und den Kaufpreis schulden, oder wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Landgut gepachtet haben, und es sich um Zahlung des Pachtschillings handelt u. dgl. Es muß also überhaupt, wie Justinian sich ausdrückt, ein *commune debitum* (κοινὸν χρέος) sein, und die ganze Tendenz des Gesetzes ist es, nach Möglichkeit zu verhüten, daß eine Schuld, die dem natürlichen Sachverhältniß nach auf Mehreren gemeinsam lastet, weil sie gemeinsam den Vortheil davon gezogen haben, unnöthiger und unbilliger Weise von Einem allein getragen werden müsse („et non commune debitum proprium cujuspiam fieri onus“).

2) Jeder der gemeinsamen Schuldner muß auch die Schuld der Uebrigen auf sich genommen haben; es muß also eine wechselseitige Verbürgung Statt gefunden haben. Daß nämlich ἀλληλεγγύοι oder ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοι eben nur Schuldner sind, welche sich wechselseitig verbürgt haben, kann schon nach der Etymologie des Worts nicht bezweifelt werden (ἀλλήλως und ἐγγύη), und in diesem Sinne wird es auch nicht blos von *Harmenop.* lib. III. tit. 6. §. 17. gebraucht, sondern auch *Julian.* Epit. Nov. const. 92. c. 348. überträgt es mit: „*ut alter pro altero fidejubeat et*

invicem", und auch die Vulg. übersetzt es richtig mit: *alterna fidejussione obligati.* Hieraus ergibt sich denn auch von selbst der Anknüpfungspunkt unsrer Nov. 99. an die Nov. 4. Während nämlich diese letztere Novelle von einfachen Bürgen spricht, behandelt unsre Nov. 99. den komplizirteren Fall, wenn mehrere Schuldner sich wechselseitig verbürgt haben, so daß also in der Person jedes Einzelnen prinzipales und accessorisches Schuldverhältniß zusammen treffen.

Hält man diese Voraussetzungen fest, so kann es nicht schwierig sein, den wahren Sinn der Justinianischen Neuerung zu ermitteln. Wenn nämlich Mehrere gemeinschaftlich ein Darlehn aufnehmen, und Jeder zugleich die Schuld der Andern auf sich nimmt, so unterscheidet der Kaiser zwei mögliche Fälle:

a) Die wechselseitige Verbürgung geschieht ohne besondere Nebenverabredung, namentlich ohne das Versprechen, daß jeder Einzelne in solidum haften wolle. Für diesen Fall war eine neue gesetzliche Bestimmung nicht erforderlich, sondern die Grundsätze der Nov. 4. über das Verhältniß der Schuldner und Bürgen zu einander reichten vollkommen aus. Danach kann nämlich in Folge des dort eingeführten s. g. benef. excussionis nicht daran gedacht werden, daß der Gläubiger von vorneherein Einen der Schuldner auf das Ganze belangt, sondern er muß nothwendig die Klage gegen jeden einzelnen Schuldner pro rata richten:

„Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos, *si quidem non adjecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere*".

Das versteht sich aber ganz von selbst, daß, wenn Einer der Schuldner sich hinterher als insolvent herausstellen sollte, der Gläubiger ex post gegen die Uebrigen, in ihrer Qualität als Bürgen, auftreten kann; und wenn Justinian dies nicht besonders sagt, so hat dies seinen natürlichen Grund darin, weil es eben für Jeden, der die Novelle 4. vor Augen hat, ganz zweifellos sein mußte. Dieses erst wenige Jahre vorher erlassene Gesetz hier wieder auszuschreiben, war doch gewiß kein Grund vorhanden. Daß unsere Interpreten dieses übersehen, und aus Justinian's Schweigen die Folgerung gezogen haben, daß in diesem Falle der Gläubiger sich auch nicht in subsidium an die übrigen Schuldner halten könne, sondern ein für allemal nur jeden Einzelnen pro rata ausklagen dürfe, ist ein Hauptgrund der mancherlei Mißverständnisse unsres Gesetzes. Wie alt übrigens dieser Irrthum ist, sieht man aus *Theodor. Hermop.* l. c., wo unser Fall ganz im Geiste der neueren Interpreten so angegeben wird: „*Πάντες ἐξ ἴσου ἐνάγονται, καὶ ἄλλος ὑπὲρ ἄλλου οὐκ ἐνέχεται*". Dagegen scheint *Athan. Scholast.* l. c. der richtigen Ansicht zu folgen, indem er diesen ganzen Fall mit Stillschweigen übergeht, eben weil

bei ihm nichts Besonderes gilt, sondern die Vorschriften der von ihm in demselben Titel als const. 1, also unmittelbar vorher, ausgezogenen Novelle 4. dabei Platz greifen.

b) Es kann aber die wechselseitige Interzession bei einem gemeinschaftlich aufgenommenen Darlehn auch in der Weise geschehen, daß ein Jeder der Schuldner für das Ganze einstehen zu wollen verspricht, daß sie also eine passive Korreal-Obl. abschließen; und gerade nur für diesen Fall sind die neuen Bestimmungen der Nov. 99 erlassen. Augenscheinlich hat auch dieser Fall seine Eigenheiten; formell aufgefaßt erscheint das Verhältniß als eine prinzipale Korreal-Obl., denn Jeder der Schuldner hat sich ja von Anfang an ausdrücklich in solidum verpflichtet; seinem materiellen Gehalte nach ist es aber doch eine Interzession, indem eigentlich Jeder der Schuldner nur zum Belauf einer Quote prinzipaliter schuldet, und für die andren Quoten die Schulden der Mitschuldner auf sich nimmt. Da schien es nun dem Kaiser zweckmäßig, in diesem eigenthümlichen Falle weder die Theorie der prinzipalen Korreal-Obl., noch die durch Nov. 4. begründete Theorie über Interzession rein zur Anwendung kommen zu lassen, sondern es solle ein Mittelweg eintreten, der, gleichsam das formelle und materielle Recht mit einander versöhnend (Nov. 99. c. l. §. 1. fin: „et debitum similiter quidem secundum *justitiae* [τοῦ δικαίου]. similiter autem secundem *legis* [τοῦ νόμου] ordinem procedet"), dem Gläubiger keinerlei Nachtheil, den Schuldnern aber wesentliche Vortheile darböte. Es solle nämlich dann, wenn der Gläubiger seine Befriedigung auf dem Rechtswege verlangt, der Richter sämmtliche gegenwärtige Korrealschuldner vorladen, ihre Solvenz oder Insolvenz gerichtlich feststellen, und die Zahlungsfähigen zur gemeinsamen Befriedigung des Gläubigers verurtheilen, so daß diesem also stets durch einen und denselben Prozeß zu seiner vollen Befriedigung verholfen wird. Wie sich dieses neue Verfahren von den strengen Grundsätzen der Korreal-Obl. unterscheidet, leuchtet von selbst ein, indem bei der letztren nicht blos ein Prozeß, sondern auch ein Verklagter vorkommt, und der Gläubiger niemals genöthigt werden kann, die mehreren Schuldner zusammen anzugreifen. Eben so bestimmt unterscheidet sich aber auch dieses Verfahren von dem durch die Nov. 4. eingeführten. Dürfte man nämlich in unsrem Falle von dem ausdrücklichen Versprechen der solidarischen Haftung absehen, und bei den einzelnen Schuldnern die prinzipale und die Interzessions-Schuld von einander unterscheiden, so würden immer mehrere verschiedene Prozesse, und zwar wenn Einer von diesen Schuldnern abwesend wäre, oder sich als zahlungsunfähig herausstellen sollte, mehrere in der Zeit auf einander folgende Prozesse nöthig werden, so daß der Gläubiger in keinem Falle auf

die gleichzeitige durch einen Rechtsstreit herbeigeführte Befriedigung rechnen dürfte. —

Das Resultat ist einfach dieses: in einem Falle, wenn nämlich die mehreren Korrealschuldner gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld, in Betreff deren sie sich correaliter verpflichteten, Theil genommen haben, ist das strenge Recht der Korreal-Obl. durch Nov. 99. dahin gemildert worden, daß der Gläubiger genöthigt werden kann, sämmtliche gegenwärtige Korrealschuldner gemeinsam zu belangen, und der Richter dann diejenigen unter ihnen, welche er zahlungsfähig findet, zur gemeinsamen Befriedigung des Gläubigers verurtheilen muß. Es bezieht sich also diese Neuerung — die man in gewissem Sinne ein *beneficium divisionis* nennen mag, obwohl dafür keineswegs die Detail-Vorschriften der epistola D. Hadriani Platz greifen — auf denselben Fall, für welchen auch nach der vorausgehenden Anm. 3. durch Diokletian und Maximian dem zahlenden correus eine Regreßklage gestattet ist, und auch die Gründe der Nov. 99. treffen leicht sichtbar im Wesentlichen mit der ratio der l. 2. C. h. t. zusammen. —

Vergleicht man mit diesen Ausführungen die verschiedenen Ansichten unsrer Interpreten, so sind diese freilich sehr abweichend:

1) Die Mehrzahl unsrer neueren Juristen versteht unter den *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοι* alle vertragsmäßigen Korrealschuldner, und unter dieser Voraussetzung findet man in Nov. 99. zwei wesentliche Neuerungen, nämlich erstlich, daß durch einen Vertrag eine Korrealschuld nur dann begründet werden könne, wenn die Schuldner sich ausdrücklich in solidum verpflichten, und zweitens, daß, wenn eine solche Korrealschuld begründet sei, doch den einzelnen correi das beneficium divisionis zustehen solle: vgl. z. B. Ribbentrop S. 116 Not. 18, v. Schröter S. 438 fgg., Göschen, Vorl. §. 374, Fritz zu Wening II. S. 192 fgg., Mejer in Schweppe's Hdb. III. §. 374, Roßhirt, Lehrb. §. 373. (S. 320 fgg.), Unterh. I. S. 366, Puchta Pand. §. 235, u. Vorles. ad h. l., Arndts Lehrb. §. 215, Rückert a. d. a. a. OO., Brinz l. c., und im Wesentlichen auch Girtanner cit. — Es ist jedoch schon oben angedeutet worden, daß das Wort *ἀλληλεγγύως* schlechthin keine Beziehung auf Korreal-Obl. hat, sondern nur auf wechselseitige Interzession hinweist, und nur dann ließe sich etwa der Gebrauch jenes Worts für Korrealschuldner erklären, wenn in jeder Korreal-Obl. eine wechselseitige Verbürgung enthalten wäre, was aber der Natur der Sache nach entschieden nicht der Fall ist, obgleich dies freilich nicht selten behauptet worden ist. Ueberdies aber würde sich auch Justinian nach jener Ansicht äußerst unbeholfen und unlogisch ausgedrückt haben: „Wenn Jemand mehrere Korrealschuldner an-

nimmt, und diese haben nicht versprochen, daß Jeder für das Ganze haften wolle, so sind es keine Korrealschuldner; haben sie aber dieses angelobt, dann" u. s. w. Nachdem also zuerst von der allgemeinen Voraussetzung ausgegangen würde, daß mehrere Korrealschuldner da seien, würde als Unterfall ein solcher hingestellt, in welchem keine vorhanden seien! Ferner aber würde auch der Kaiser nach jener Ansicht etwas sehr Sonderbares nnd Unzivilistisches angeordnet haben, denn nicht nur, daß man nicht einsieht, weßhalb zur Begründung einer Korreal-Obl. gerade immer der Gebrauch der Worte *in solidum* nöthig, und namentlich die so äußerst sprechende Form, welche Justinian selbst in den Institutionen angibt (s. Anm. 2.), nicht mehr hinreichend sein soll, so würde auch augenscheinlich durch die generelle Gestattung des benef. divisionis bei jeder vertragsmäßigen Korreal-Obl. das innere Wesen derselben fast gänzlich vernichtet. Wie dennoch Viele behaupten können, daß eine solche allgemeine Maaßregel ganz im Geiste des neuern Rechts liege, und darin nur der konsequente Schlußstein der allmählichen Ausdehnungen des auxilium D. Hadriani gefunden werden könne, ist mir daher in der That fast unbegreiflich, und noch unbegreiflicher der übermüthige Ausspruch Puchta's (Vorl. a. a. O.), es sei daher kein Grund vorhanden, von der gemeinen Meinung abzugehen, „die auch hier richtiger den Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Worthelden." — Welcher Zusammenhang endlich zwischen unsrer Nov. 99, wenn man jene Interpretation annimmt, und der Nov. 4. Statt finden soll, ist schwer einzusehen, und doch sagt ja der Kaiser ausdrücklich, daß sie einen Nachtrag dazu bilden solle.

2) Die bei Weitem größte Zahl der älteren Juristen ging noch viel weiter, und bezog die Nov. 99. auf alle solidarisch Verpflichteten, nur mit Ausnahme der durch Delikt Obligirten, vgl. die vielen bei Glück IV. S. 527. Not. 87. 88. und bei *Asver.* p. 11 sqq. Zitt., und auch nicht wenige Neuere sind noch fortwährend dieser Ansicht, vgl. z. B. Glück a. a. O., Zimmern in sein. und Neust. römisch-rechtl. Unters. S. 274, Schweppe, Lehrb. §. 274, Seuffert §. 228, Valett §. 451, Mühlenbr. §. 492, Sintenis pr. Zivilr. II. S. 131 fgg. Not. 35. S. 838. Not. 59. Es versteht sich von selbst, daß die Gegengründe, welche gegen die vorher referirte Meinuug geltend gemacht wurden, in verstärktem Maße gegeu diese, ehedem als communis opinio geltende Theorie Platz greifen.

3) Viele wollen, insbesondere nach dem Vorgang von *Donellus* cit. cap. 13. (opp. IX. p. 1295 sqq.) und *Ronchegallus* de duob. reis const. ad leg. 3. §. 1. nr. 101 sqq. die Vorschriften der

Nov. 99. nur in dem Falle zur Anwendung bringen, wenn mehrere Korrealschuldner sich zugleich wechselseitig verbürgt haben, vgl. außer den bei Glück IV. S. 526. Not. 85. und bei *Asverus* p. 13 sqq. Zitt. auch noch insbesondere *Asverus* cap. II—IV, Savigny S. 282 fgg. und *Grotefend* p. 53 sqq., u. s. auch noch z. B. *Günther* princ. jur. Rom. tom. II. §. 916, Bucher §. 117, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 245. u. A. m. Daß die Worte der Novelle sich mit dieser Annahme sehr gut vereinigen lassen, kann nicht in Abrede gestellt werden, aber desto größer sind die sachlichen Bedenken, welche sich derselben entgegenstellen. Will man nämlich auch die rechtliche Möglichkeit einer solchen Kombination einräumen — obwohl es gewiß in hohem Grade auffallend ist, daß Jemand bei einer und derselben Obligation als prinzipaler Selbstschuldner *in solidum* und zugleich als Fidejussor betheiligt sein soll —, so ist doch in der That kaum einzusehen, welcher irgend erhebliche Zweck, sei es für den Gläubiger oder sei es für die Schuldner, durch ein solch' wunderlich komplizirtes Geschäft erreicht werden könnte, und noch weniger, wie Justinian dazu gekommen sein sollte, für einen solchen, im Rechtsleben wohl niemals vorkommenden Fall ein besondres Gesetz zu erlassen, von dem er uns doch selbst sagt, daß es ein wünschenswerthes und nützliches Supplement zur Nov. 4. bilden solle. Freilich pflegt man sich dafür, daß eine solche Verbindung der Korreal-Obligation mit wechselseitiger Bürgschaft allerdings bei den Römern vorgekommen, und auch keineswegs ohne praktische Bedeutung gewesen sei, auf den bekannten Ausspruch Papinian's in l. 11. pr. h. t.:

„Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit“

zu berufen, und Savigny S. 283. Not. m. hält es sogar für wahrscheinlich, daß der Verfasser der Novelle auf diese Stelle unmittelbar Rücksicht genommen habe: aber in der That scheint es mir ganz zweifellos zu sein, daß die *rei promittendi* hier durchaus nicht identisch sind mit den *duo* rei promittendi, die erst nachher vergleichsweise erwähnt werden, sondern daß darunter lediglich mehrere Mitschuldner, keineswegs aber Korrealschuldner, zu verstehen sind, was ja auch ganz dem römischen Sprachgebrauch entspricht; l. 1. h. t., s. bes. *Dedekind* l. c. p. 154 sqq. und vgl. auch Brinz a. a. O. S. 36 fg. — Ueberdies aber würde auch nach jener Auslegung der Nov. 99. das wahrhaft seltsame Resultat entstehen, daß dadurch, daß sich die Schuldner zwiefach verpflichtet haben, als Korrealschuldner und als Wechselbürgen, der Gläubiger weniger Recht gegen sie erwerben sollte, als wenn sie sich blos einfach als Korrealschuldner obligirt hätten; und wenn Savigny diesen Einwand

durch die Bemerkung beseitigen will, daß ja in der That bei dem durch die Novelle vorgeschriebenen Verfahren das Recht des Gläubigers um gar nichts geschwächt werde, so läßt sich dies gewiß nicht zugeben, indem ein Prozeß gegen Mehrere, deren Solvenz erst untersucht und festgestellt werden muß, gewiß beschwerlicher und zeitraubender ist, als ein Prozeß gegen einen entschieden solventen Schuldner. — Wenn sich die Vertheidiger der hier bekämpften Theorie auch noch besonders auf *Julian.* Epit. Nov. const. 92. c. 348. berufen, wo allerdings die kritischen Worte: *ἀλληλ. ἐπεν϶* so wieder gegeben sind: „Si qui *rei promittendi* fuerint, ut alter pro altero fidejubeat et invicem", so möchte dies Argument nicht besonders schwer wiegen, da hier Julian offenbar, eben so wie Papinian in l. 11. cit. unter den rei promittendi nicht Korrealschuldner, sondern nur Mitschuldner versteht.

4) Eine, gewöhnlich dem *Ronchegallus,* aber gewiß mit Unrecht (s. darüber *Dedek.* cit. p. 177 sqq.) zugeschriebene Meinung geht dahin, daß unter den *ἀλληλ, ἐπεν϶.* blose Mitbürgen zu verstehen seien, die sich zusammen für einen Dritten verbürgt haben, und danach würde denn die allerdings wichtige Neuerung der Novelle darin bestehen, daß künftig bei Mitbürgen dann, wenn sie nicht ausdrücklich für die ganze Schuld einzustehen versprochen hätten, von Anfang an nur eine obligatio divisa angenommen werden solle, während sie zwar im andren Falle solidarisch haften sollten, aber doch immer mit dem benef. divisionis. Obwohl man zugestehen muß, daß nach dieser Ansicht die Novelle einen ganz passenden und verständigen Sinn gibt, und auch Justinian sich sachgemäß und logisch richtig ausgedrückt haben würde, so scheitert doch auch diese Auslegung an dem Worte *ἀλληλεγγύως*, was offenbar nicht als gleichbedeutend mit *συνεγγυητης* genommen werden darf, sondern gerade nur auf ein Verhältniß hindeutet, wo Jeder der Mehreren zugleich Schuldner ist, und auch Bürge der andren Schuldner; vgl. auch noch bes. *Athan. Schol.* und *Theod. Hermop.* l. c., wo durch die Worte: *ἀλληλεγγύως δανεισάμενος* und *ἀλλ. δανειζόμενοι* so deutlich wie möglich auf dieses kombinirte Verhältniß hingewiesen wird. Ueberdies könnte auch nicht eingesehen werden, wie dann Justinian diese Novelle als einen Nachtrag und eine Erweiterung der Nov. 4. hätte ansehen können, da in dieser letztren von dem Verhältniß des Hauptschuldners und des Bürgen zu einander die Rede ist, in der Nov. 99. aber nach jener Ansicht das davon ganz verschiedene der Mitbürgen unter einander behandelt sein würde. Und endlich wäre es auch Justinian's Art ganz entgegen, die wichtigste Neuerung, die diese Novelle unter jener Voraussetzung enthielte — daß nämlich die Mitbürgen an und für sich in einer von Anfang an getheilten Obligation stehen sollen —

nur so ganz leichthin und mit den möglichst wenigen Worten anzugeben.

5) Eine neue Auslegung der Nov. 99. ist von Burchardi in der oben angef. Abh. vertheidigt, und von Koch II. S. 28 fgg. adoptirt worden. Burchardi übersetzt die Anfangsworte des cap. 1. so:

> „Wenn nämlich Jemand Mehrere unter gegenseitiger Verbürgung zu Schuldnern erhält (sofern zwar nicht hinzugefügt wird, daß auch der Einzelne von ihnen für das Ganze haften solle, dann sollen Alle zu gleichen Theilen der Klage unterworfen sein), wenn aber auch etwas dergleichen hinzugefügt worden ist, so soll" u. s. w.

Burchardi geht dabei von dem Gedanken aus, daß die Worte „εἰ μὲν — — ὑφίστασθαι" einen Zwischensatz bildeten, in welchem der Kaiser einen Fall ausscheide, wo keine gegenseitige Verbürgung Statt finde, und auf welchen er daher auch seine Verordnung nicht bezogen wissen wolle. Erst in den folgenden Worten: εἰ δὲ καὶ κ. τ. λ. komme er auf den Fall der wahren wechselseitigen Verbürgung, wenn nämlich die Mitschuldner Jeder das Ganze versprochen hätten. Vor der Einführung des benef. excussionis in Nov. 4. habe die praktische Behandlung dieses Falls keinerlei Schwierigkeiten machen können; nach diesem Gesetze aber sei begreiflich viel darauf angekommen, ob man ein solches Versprechen von eigentlicher Korreal-Obl., oder blos von wechselseitiger Verbürgung zu verstehen habe, indem davon die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des benef. excussionis abhängig gewesen sei, und diesen Zweifel entscheide nun Justinian in der Nov. 99. dahin, daß man in einem solchen Falle eine wechselseitige Verbürgung, und folglich nur ein subsidiäres Haften der mehreren Schuldner annehmen dürfe. Justinian sei also so weit entfernt, eine reformirende Verordnung für Korreal-Obligationen erlassen zu wollen, daß er vielmehr nur der Vermengung eines besondren Bürgschaftsfalls mit der Korreal-Oblig. vorzubeugen beabsichtigt habe. — Diese Auslegung hat zwei wesentliche Vorzüge vor den meisten andren bisher betrachteten Theorien voraus. Sie geht nämlich von dem richtigen Begriff des ἀλληλεγγύως aus, und nach ihr würde es sich auch recht gut erklären, daß der Kaiser die Nov. 99. als einen Nachtrag zu der Nov. 4. anführt. Auf der andern Seite aber scheint mir die Annahme, daß in den Worten εἰ μὲν μὴ u. s. w. ein bloser Zwischensatz enthalten sein soll, grammatisch unmöglich zu sein, indem die beiden mit εἰ μὲν und εἰ δὲ anfangenden Sätze nothwendig zusammen gehören, und zwei koordinirte Satzglieder bilden, die hier nur die Bestimmung haben können, zwei mögliche Fälle der wechselseitigen Verbürgung neben einander zu stellen, vgl. auch *Julian.*, Epit. cit. und *Theod. Hermop.* l. c., u. s. Heimbach a. a. O.

S. 70 fgg. Ueberdieß aber läßt sich auch nicht einsehen, wie der Kaiser dazu kommen sollte, dann, wenn mehrere Mitschuldner ausdrücklich erklären, es wolle jeder Einzelne für die ganze Schuld einstehen, eine Korreal-Obl. in Abrede zu stellen, und eine gewöhnliche Verbürgung anzunehmen; und daß er dieß auch wirklich nicht gethan, sondern allerdings eine Korreal-Obl. hier anerkannt hat, geht ja auch aus den weitern, oben näher angegebenen Bestimmungen der Novelle hervor, wonach in solchem Falle ein Verfahren vorgeschrieben ist, welches sich wesentlich von demjenigen unterscheidet, welches bei einer gewöhnlichen Bürgschaft angewendet werden müßte.

6) Dedekind a. a. O. gelangt zu dem Resultate, daß die Nov. 99. sich gar nicht auf Korreal-Obligation beziehe, sondern lediglich den Fall behandle, wenn mehrere Schuldner sich wechselseitig für einander verbürgen. Eine solche wechselseitige Verbürgung könne nämlich ohne den besondren Zusatz vorkommen, daß jeder Einzelne für das Ganze haften wolle, und für diesen Fall habe hier Justinian nichts Neues verordnet, sondern lediglich auf die Vorschriften der Nov. 4. verwiesen. Es könne aber auch eine wechselseitige Verbürgung mit dem Zusatze: in solidum vorkommen, z. B. wenn die mehreren Schuldner erklärten: „debere se decem Titio, pro quibus vice mutua in solidum fidejussores esse vellent" (Dedek. p. 161), und für diesen besondren Fall der wechselseitigen Bürgschaft — welcher scharf von dem andern Fall unterschieden werden müsse, wenn jener Zusatz der prinzipalen Obligation zugefügt, und also eine passive Korreal-Obligation abgeschlossen worden sei — habe nun Justinian in Nov. 99. eine neue Rechtswohlthat eingeführt, die zwar nicht soweit gehe, wie die bei der einfachen Bürgschaft begründeten Rechtswohlthaten der Vorausklage und der Theilung, wodurch aber doch die strenge solidarische Haftung der Mitbürgen, welche hierbei eigentlich wegen des Zusatzes in solidum Platz greifen sollte, wesentlich modifizirt sei. — In dem, was ich bei der vorliegenden Frage für die Hauptsache halte — in der Erkenntniß, daß die Nov. 99. keine allgemeine Normen für die Korreal-Obligation oder gar für alle solidarischen Verbindlichkeiten enthalte — stimmt Dedekind vollständig mit mir überein, und nur darin weicht er ab, daß er die Sphäre der Nov. 99. noch mehr beschränkt, als ich. Während nämlich dieselbe meiner Ansicht nach überall anwendbar ist, wenn bei einer wirklich gemeinsamen Schuld die einzelnen Schuldner solidarisch haften zu wollen versprechen, nimmt Dedekind an, daß das benef. der Nov. 99. nur dann Platz greife, wenn sich die gemeinsamen Schuldner ausdrücklich wechselseitig verbürgen, und bei dieser Verbürgung die solidarische Haftung aussprechen; m. a. W. während ich nur eine materielle Interzession als noth-

wendige Voraussetzung ansehe, legt Dedekind alles Gewicht darauf, daß auch *formell* eine wechselseitige Interzession, eine eigentliche *Bürgschaft* abgeschlossen sei. Darin geht er nun m. E. entschieden zu weit: ob die gemeinsamen Schuldner gerade sagen, sie *verbürgten* sich untereinander in der Weise, daß auch jeder Einzelne von ihnen für das Ganze haften wolle, oder ob sie ohne Erwähnung der Bürgschaft nur einfach dem Gläubiger zusichern, daß Jeder von ihnen für das Ganze einstehen werde, kann gewiß keinen so wesentlichen Unterschied begründen, wie Dedekind ihn statuiren will; nach jeder der beiden Ausdrucksweisen *nimmt Jeder der Schuldner auch die Schuld der Uebrigen auf sich*, und gerade nur dieses materielle Element, nicht die Form der Bürgschaft ist es, was durch das Wort ἀλληλεγγύως ausgedrückt werden soll. (Was noch die neue Auslegung des cap. 1. pr. anbelangt, welche *Dedekind* mit Eifer vertheidigt, daß nämlich mit den Worten: οὐκ εὐθὺς μέντοι bis καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται nur der Inhalt des Vertrags der Wechselbürgen angegeben werden solle, und daß der Nachsatz, welcher die Neuerung Justinian's enthalte, erst mit den Worten: χωρεῖν δὲ κ. τ. λ. beginne: so halte ich dieselbe für schlechthin unzuläßig. Nach Dedekind würde die Uebersetzung so lauten:

„Wenn aber auch ein solcher Zusatz [daß nämlich auch Einer von ihnen für das Ganze haften solle] gemacht sein sollte, so soll zwar der Vertrag, daß nicht gleich von Anfang an Jeder auf das Ganze, sondern vorläufig nur auf den ursprünglichen Schuldtheil angegriffen werden dürfe, aufrecht erhalten werden, aber der Gläubiger muß auch die Uebrigen angreifen, wenn dieselben nämlich auch solvent und gegenwärtig sind."

Der Vertrag, welchen die Wechselbürgen mit dem Gläubiger abgeschlossen haben, lautet nach Dedekind's eigner Auffassung so: „wir verbürgen uns wechselseitig in solidum", und der Inhalt dieses Vertrags sollte nun von Justinian dahin angegeben worden sein, daß *nicht* der Einzelne von Anfang an in solidum haftbar sei? Freilich meint Dedek., das σύμφωνον beziehe sich nicht auf den *ganzen* Vertrag, sondern nur auf das Versprechen der wechselseitigen Verbürgung, ganz abgesehen von dem Zusatz in solidum, aber die Unzuläßigkeit dieser Auffassung bedarf wohl für die Unbefangenen keiner besondren Ausführung. Und welchen wunderlichen Nachsatz dichtet Dedekind's Auslegung dem Kaiser an! Justinian soll darnach sagen: „Zwar soll der Vertrag, wonach Jeder vorläufig nur für seinen Theil belangt werden kann, aufrecht erhalten werden, *aber* — der Gläubiger muß auch die Uebrigen angreifen, wenn nämlich dieselben auch solvent und gegenwärtig sind." Freilich sucht Dedekind die Ungereimtheit dieses Nachsatzes in seiner Uebersetzung durch ein eingeschaltetes „tum solum"

einiger Maaßen zu verdecken, aber im Orginaltexte steht davon nichts. — Wenn sich Dedek. noch insbesondre auf den spätren Passus des Gesetzes beruft: „οὕτω γὰρ κἀκείνοις φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος, καὶ οὐδεμίαν ὑποστήσεται ζημίαν ὁ ἐνάγων", und darin eine wesentliche Stütze für seine Auslegung finden will: so gebe ich zwar unbedingt zu, daß wirklich κἀκείνοις, und nicht, wie Manche wollen, κἀκείνῳ gelesen werden muß, aber Dedek. beachtet offenbar nicht genug, daß hier nicht von σύμφωνον, sondern von συμφώνου τρόπος die Rede ist. Darnach ist der Gedanke des Kaisers offenbar nur der, daß durch den von ihm eingeschlagenen Mittelweg der Vertrag, zwar nicht buchstäblich, sondern nur mit einer zu Gunsten des Schuldners zugelassenen Modifikation, aufrecht erhalten werde, jedoch mit einer Modifikation, welche für den Gläubiger gar keinen Nachtheil herbeiführe. So aufgefaßt verliert aber dieser Passus alle Beweiskraft für die Dedekind'sche Interpretation). —

Anm. 5. Was die Erlöschungsgründe der Korreal-Obl. anbelangt, so gilt dabei, wie schon oben in Anm. 1. angedeutet wurde, das aus der Natur der Sache hervorgehende Prinzip, daß jede Begebenheit, welche den objektiven Bestand der obligatio aufhebt, die ganze Korreal-Obl. vernichtet, wenn dieselbe auch nur in der Person Eines der Theilnehmer eintritt, während diejenigen Begebenheiten, welche nur die subjektive Beziehung des einen Theilnehmers zu der obligatio berühren, auch nur das Ausscheiden des einzelnen Theilnehmers aus dem obligatorischen Verhältnisse herbeiführen. Die folgenden Haupt-Beispiele für den einen und den andern dieser beiden Sätze werden dieselben zugleich beweisen und erläutern.

I. Zahlung, Kompensation, Novation, Acceptilation, Eid und prozessualische Konsumtion führen das Erlöschen der gesammten Korreal-Obl. herbei, wenn sie auch nur in der Person eines der Theilnehmer eintreten, l. 7. §. 1. de except. (44, 1), l. 2. h. t., l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), l. 16. pr. de accept. (46, 4), l. 28. §. 1. 3, l. 42. §. 1. 3. de jurejur. (12, 2). Ueber einige dieser Erlöschungsarten sind jedoch noch etwas ausführlichere Erörterungen zuzufügen:

1) In Betreff der Kompensation ist freilich soviel gewiß, daß sie, wenn sie wirklich durchgesetzt ist, ganz wie Zahlung gilt, und also dadurch die ganze obligatio für alle Theilnehmer vernichtet wird, vgl. l. 4. qui potior. in pign. (20, 4). Wenn dagegen nur eine kompensabele Gegenforderung Eines der correi debendi, oder gegen Einen der correi credendi vorhanden ist, so darf sich darauf von Seiten eines andren correus debendi oder gegen einen andren correus credendi nicht berufen werden, und dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn die mehreren correi *debendi* in einem Sozietäts-

verhältniß stehen, indem in diesem Falle allerdings der Eine mit der Gegenforderung des Andren abrechnen kann, l. 10. h. t.:

Papinian. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet".

Dies darf aber schwerlich auch auf den Fall ausgedehnt werden, wenn correi credendi in einem Sozietätsverhältniß stehen, und der Schuldner gegen Einen von ihnen eine Gegenforderung zu machen hat. Hier braucht sich der Andre trotz des Sozietäts-Verhältnisses doch die Abrechnung nicht gefallen zu lassen, obwohl freilich Manche andrer Meinung sind. Es verhält sich aber hier ähnlich so, wie in dem weiter unten (II. 2,) zu erörternden Falle, wenn von Einem der mehreren correi credendi socii ein pactum de non petendo abgeschlossen ist, vgl. auch Braun's Erörtr. S. 244, Krug, Kompens. S. 160 fgg., Hartter Komp. S. 55 fgg., Kritz, Rechtsf. III. S. 240 fgg., Savigny S. 168 fg., Dernburg Komp. S. 408 fg. Die neuerlich von Unterh. I. S. 556. a. E. und S. 557. vertheidigte Meinung, daß bei der aktiven Korreal-Obl. dem Schuldner vielmehr ganz allgemein gestattet werden müsse, Schuldforderungen gegen einen Gläubiger auch gegen einen Andren zu benutzen, selbst wenn dieselben nicht socii seien, ist wohl gewiß unhaltbar, und der dafür in Not. m. angegebene Grund: weil man die Wahl habe, an den einen oder andren Gläubiger die Schuld abzutragen, so müsse man auch gegen den einen oder andren abrechnen können, bedarf keiner besondren Widerlegung.

2) Daß durch Novation des einen correus credendi oder mit Einem der correi debendi die gesammte Korreal-Obl. erlösche, hat die Natur der Sache jedenfalls für sich, und gründlich wird auch dieses Dogma ausgeführt von Venulejus in l. 31. §. 1. de novat. (46, 2):

„Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem; ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae, si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit [cf. l. 8. C. de novat. 8. 42, Savigny S. 165 fgg.; a. M. sind Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 153 fgg., Arndts Lehrb. §. 268. Anm. 5. S. 418, Rückert a. a. O. S. 15. 41] eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; alioquin quid

dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur". (Die Konjektur von Huschke a. a. O., welcher am Ende der Stelle lesen will: „aut mulier *eundem* jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti *debitum* promiserit", vgl. auch Arndt's cit. und Rückert S. 43 fg., ist gewiß nicht nothwendig und widerspricht den Basiliken XXVI. 4. fr. 31. §. 1).

Vgl. auch arg. l. 20. ad SC. Vellej. (16, 1). Ob und wie aber hiermit die l. 27. pr. de pactis (2, 14) in Einklang gebracht werden könne, ist der Gegenstand unsäglichen Streites. Paulus sagt dort nämlich so:

„Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur;* sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*".

Meiner Ueberzeugung nach ist schlechthin kein Widerstreit zwischen diesen Stellen vorhanden, und zwar sind zwei verschiedene Auslegungen möglich, deren jede geeignet ist, die scheinbare Antinomie zu beseitigen. Die erste ist folgende: Paulus beschäftigt sich in l. 27. cit. ex professo mit der Frage, ob ein pactum de non petendo, welches ein argentarius socius mit dem gemeinsamen Schuldner abschließt, auch gegen den Andern wirksam sei? und diese Frage verneint er mit Berufung auf mehrere Auktoritäten, unter denen namentlich auch Labeo sich befindet, welcher noch ein spezielles Argument für jene Meinung aus dem Umstande entlehnt, weil ja auch ein Argentarius nicht einmal zum Nachtheil des Sozius eine Novation vornehmen könne. Nachdem nun in dieser Weise Paulus die Frage über die Wirksamkeit des pactum remissorium von Seiten eines Argentarius absolvirt hat, fügt er am Schlusse hinzu: *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*, mit welchen Worten dann sicherlich nichts weiter gesagt ist, als daß auch bei Korreal-Gläubigern der Nachlaßvertrag des Einen dem Andren nichts schade; denn es ist doch gewiß natürlich, daß diese Zusammenstellung der argentarii socii und der Korreal-Gläubiger sich nicht auf den nur ganz beiläufig zur Sprache gebrachten Inzidentpunkt in Betreff der Novation, sondern auf die ex professo behandelte Frage in Betreff des pactum de non petendo bezieht; vgl. auch *Voet*, comm.

ad Pand. lib. XLV. tit. 2. §. 5, **Braun's** Erörtr. S. 237 fgg., **Göschen**, Vorles. §. 457, **Savigny** S. 173 fgg. Da nun aber doch nach dieser Erklärung angenommen werden müßte, daß wenigstens der *argentarius socius* nicht noviren dürfe, dies aber jedenfalls eine Singularität sein würde, da im Uebrigen argentarii und eigentliche Korrealgläubiger nach denselben Grundsätzen behandelt zu werden pflegen, so scheint mir eine zweite Erklärung noch zutreffender, indem wir dadurch auch von jener Anomalie in Betreff der argentarii befreit werden. Es ist nämlich gar nicht nothwendig, daß wir das „*alium*" gerade auf Einen der argentarii socii beziehen, sondern wir können es allgemein von „irgend Jemanden außer den argentarii" verstehen, so daß Labeo mit den Worten: nam nec novare etc. gerade nur eben das sagen will, was in ganz ähnlicher Weise **Celsus** in l. 25. de novat. ausspricht, daß es nämlich Fälle gebe, wo Jemand zwar zur Annahme einer Zahlung, aber dennoch nicht zur Vornahme einer Novation berechtigt sei; und diese Bemerkung Labeo's steht dann mit dem Vorhergehenden in dem guten Zusammenhang, daß damit angedeutet werden soll, es dürfe von dem Rechte der Argentarii, Zahlung anzunehmen, um so weniger auf das Recht, einen Nachlaßvertrag abzuschließen, geschlossen werden, da es sogar Fälle gebe, wo Jemand, obwohl an ihn gezahlt werden dürfe, nicht einmal noviren könne, während doch die Novation der Zahlung noch viel näher stehe, als der Nachlaßvertrag. Diese Erklärung, die mir die einfachste zu sein scheint, und die jedenfalls zu den genügendsten Resultaten führt, ist schon von mehreren Aelteren, wie es scheint, unabhängig von einander vertheidigt worden, vgl. z. B. *Pacius*, *Εναντιοφανῶν* centur. I. nr. 96, *Leonin.* Emend. V. 17, *Noodt*, de pact. et transact. cap. ult., und hat in neuerer Zeit auch an *Hübel*, reus stipul. num paciscendo et novando correo noceat? Lips. 1822. p. 48 sqq. und *Kraut* de argentar. p. 44 sqq. Anhänger gefunden. — Unter den zahlreichen abweichenden Ansichten verdienen noch folgende wenigstens angeführt zu werden: a) Viele halten unsre beiden Stellen für gänzlich unvereinbar, pflegen aber dann doch der l. 31. cit. den Vorzug vor der l. 27. cit. zu geben, bald, weil in ihr die neuere, in der l. 27. aber nur die ältere, später verworfene Theorie vorgetragen werde, bald weil die Ansicht des Venulejus in l. 31. cit. die konsequentere und dem Wesen der Korrealobl. allein angemessene sei, bald weil in der l. 31. cit. die ganze Frage ex professo, in der l. 27. cit. aber nur ganz incidenter abgehandelt werde, vgl. *Cujac.*, obss. XXII. 6, *A. Faber*, conj. jur. civ. lib. XI. c. 18, *Bachov* ad Treutler. vol. II. Pars 2. p. 876 sqq., *Wissenbach*, Exercitt. ad Pand. P. II. disp. 28. th. 10, *Smallenb.* in Schult. Notae ad Dig. tom. I. p. 350 sqq. not. 4, **Fritz** zu Wening Band II.

S. 414 fgg., Sintenis cit. S. 142 Not. 10. — b) Andre wollen durch ganz willkürliche Distinktionen helfen, und so unterscheidet namentlich *Rich. Salicetus*, Lectur. ad Dig. ad legg. citt. zwischen correi stipulandi *socii* und *non socii*; den Ersteren stehe allerdings das jus novandi zu, und davon sei die l. 31. cit zu verstehen; den Letztren aber müsse es versagt werden, und davon allein rede die l. 27. cit. Gerade die umgekehrte Meinung vertheidigen dagegen *Donell.* comm. jur. civ. lib. XVI. c. 25. und *Schilter*, exercitt. ad Pand. exerc. VIII. §. 31, indem sie den correi *socii* mit Berufung auf l. 27. cit. das jus novandi versagen, es aber den correi *non socii* wegen l. 31. cit. einräumen. Vgl gegen diese ganz haltlosen Meinungen *Hübel* cit. §. 12. 13. (p. 41 sqq.). c) Unterholzner I. S. 623. äußert sich dahin, daß zwar wohl bei der passiven Korreal-Obl. die Novation mit Einem der Korrealschuldner auch die Uebrigen liberire, während umgekehrt nicht behauptet werden könne, daß auch bei einseitiger Aufhebung der gemeinschaftlichen Schuldberechtigung die Befugniß der Mitberechtigten wegfalle; für den ersten Satz führt Unterh. die l. 31. §. 1. cit., und für den zweiten die l. 27. pr. cit. als Beleg an. Augenscheinlich redet aber die l. 31. ganz eben so gut von der aktiven Korreal-Obl., wie die l. 27. auch, und es ist daher schwer zu begreifen, wie durch Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Korreal-Obl. die beiden Stellen in Einklang gebracht werden könnten.

3) Ob zur Zeit der Pandektisten eine Korreal-Obl. durch Litis-Kontestation von Einem der correi credendi oder mit Einem der correi debendi zerstört worden sei, war unter unsren Juristen bis zur neuesten Zeit hin streitig, vgl. Ribbentrop S. 2 fgg. Hält man das bisher entwickelte Wesen der Korreal-Obl. fest, daß dabei nur eine einzige Obligation angenommen werden darf, und bedenkt man, daß vor Justinian stets durch Litis-Kontestation die klagbar gemachte Obligation novirt wurde (Bd. I. §. 160. Anm.), so versteht es sich ganz von selbst, daß durch die Klage des einen correus credendi oder gegen einen correus debendi nothwendig die ganze Korreal-Obl. konsumirt wurde; denn da nur eine einzige obligatio da ist, so ist diese in ihrem vollen Umfange durch die eine Klage in judicium deduzirt. Dies Resultat geht denn auch aus einer ganzen Reihe unzweideutiger Pandektenstellen hervor, vgl. l. 2. l. 16. h. t., l. 116. de V. O. (45, 1), l. 5. de fidej. (46, 1), l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), l. 1, l. 14. ratam rem haberi (46, 8), und namentlich wird dadurch auch sehr entschieden die schon oben beiläufig berührte Behauptung Brackenhöft's, Ident. und Konner. S. 153. Not. widerlegt, daß bei der passiven Korreal-Obl. eine solche prozessualische Konsumtion nicht vorgekommen sei, denn die l. 2. h. t.

spricht augenscheinlich von der aktiven und passiven Korreal-Obl. zusammen, und die l. 116. de V. O. redet gerade von der passiven, wozu noch kommt, daß die l. 28. C. de fidej. (8, 41) jene prozessualische Konsumtion auch bei der passiven Korreal-Obl. auf das Bestimmteste voraussetzt. Die einzige Stelle, auf welche sich Brackenhöft mit einigem Scheine stützen kann, ist die l. 8. §. 1. de legat. 1. („ut, si cum uno actum sit *et solutum*, alter liberetur"), aber es kann nicht zweifelhaft sein, daß die unterstrichenen Worte: et solutum erst durch die Kompilatoren mit Rücksicht auf l. 28. C. de fidej. eingeschoben worden sind, vgl. Ribbentrop S. 42 fgg., Savigny S. 183. not. g. Für die Zeit der Pandektisten muß also für jede Korreal-Obl., sowohl für die passive, als für die aktive, die Zerstörung der ganzen obligatio durch den Prozeß mit Einem der Korrealgläubiger oder Korrealschuldner angenommen werden, und die angeblich das Gegentheil aussprechenden Gesetze, durch welche die Kontroversen der älteren Juristen über unsere Frage herbeigeführt wurden, erklären sich sehr einfach dadurch, daß sie sämmtlich nicht von eigentlicher Korreal-Obl., sondern von Fällen blos solidarischer Verbindlichkeiten reden (vgl. den Schluß dieser Anm.). Dieses Pandektenrecht ist jedoch durch Justinian in l. 28. C. de fidej. (8, 41) wenigstens für die passive Korreal-Obl. aufgehoben worden, indem danach die übrigen Schuldner nicht schon durch den Prozeß gegen den Einen, sondern nur erst durch die Befriedigung des Gläubigers liberirt werden sollen. Von der aktiven Korreal-Obl. spricht der Kaiser hier nicht, und deßhalb stellen nicht Wenige auch noch für das heutige Recht die Behauptung auf, daß der Schuldner, wenn der eine Gläubiger einen Prozeß gegen ihn begonnen habe, sich nicht mehr durch Zahlung an den andren Gläubiger liberiren könne, sondern ausschließlich an den prozessirenden Kreditor gewiesen sei, vgl. Fritz zu Wening II. S. 181 fgg., Göschen, Vorles. §. 172 a. E., Puchta Pand. §. 235. not. g. u. A. m. Es ist dies aber gewiß nicht zu billigen, denn da die vorher angeführten Bestimmungen des klassischen Rechts eben so bei der aktiven, wie bei der passiven Korreal-Obligation lediglich aus dem Prinzip der Prozeß-Konsumtion hervorgegangen sind, so versteht es sich ganz von selbst, daß sie sämmtlich mit dem Wegfallen dieses Prinzips als hinweggefallen angesehen werden müssen, s. auch Wächter Erörtr. H. 3. S. 58, Buchka, Einfluß d. Proz. auf d. mat. R. Bd. II. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 183. Not. f. — Von dem Einfluß der *res judicata* auf Korreal-Obligationen ist schon früher die Rede gewesen, vgl. Bd. I. §. 173. Anm. geg. E. (S. 324 fg.).

II. *Pactum de non petendo, capitis deminutio, in integrum restitutio, confusio* und liberatio legata heben nicht die ganze

Korreal-Obl. auf, sondern scheiden nur den einen Theilnehmer, in dessen Person eine solche Begebenheit eintritt, von der Korreal-Obl. aus, l. 21. §. 5, l. 22—27, l. 32. de pact. (2, 14), l. 9. §. 1. h. t., l. 7. §. 1. de except. (44, 1) — l. ult. h. t. — l. 48. pr. de minorib. (4, 4) — l. 71. pr. de fidej. et mand. (46, 1) — l. 3. §. 2. de liberat. leg. (34, 3). Und eben so kann auch nicht bezweifelt werden, daß, wenn das Forderungsrecht des einen Gläubigers durch *concursus causarum lucrativarum*, oder durch wegfallendes Interesse, oder durch Verwirkung zur Strafe weggefallen ist, dies auf die obligatio der übrigen Korrealgläubiger keinerlei Einfluß hat, obwohl mir spezielle gesetzliche Aussprüche hierüber nicht bekannt sind. — Ueber zwei der vorher angeführten Erlöschungsgründe sind jedoch noch einige besondre Bemerkungen hinzuzufügen, nämlich über die *confusio* und das *pactum de non petendo*. Was nämlich

1) die confusio anbelangt, so ist bei ihr der Grundsatz entscheidend, daß dadurch nicht die obligatio objektiv zerstört, sondern im Grunde nur für den einen correus, in dessen Person die confusio eintritt, die Erfüllung unmöglich wird, weil natürlich Niemand an sich selbst Zahlung leisten kann, und eben daraus erklärt es sich, daß dadurch nicht auch die Obligation für die übrigen correi aufgehoben wird, l. 71. pr. de fidej. (46, 1):

> *Paulus.* „— — Sed quum duo rei promittendi sunt, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset obligatio, an persona tantum exemta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis *eximi personam* — — — *igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari*".

Standen jedoch die Korrealschuldner in einem Sozietätsnexus, so darf allerdings nach eingetretener confusio der Gläubiger nicht das Ganze fordern, sondern der belangte Schuldner behält sogleich seinen Sozietätsantheil zurück, und wenn also z. B. A. und B. als correi promittendi dem C. 1000 schuldig sind, und C. stirbt mit Hinterlassung des Erben B., so kann dieser Letztre als Erbe des C. die vollen 1000 von dem A. fordern, es müßten denn A. und B. socii gewesen sein, in welchem Falle A. blos 500 an den B. zu leisten hat, um unnöthiges Hin- und Herzahlen zu vermeiden, l. 71. pr. cit. geg. E.: „— — cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, *vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere*". — Daß, was Paulus in dem cit. Fragment bei der passiven Korreal-Obl. entwickelt, ganz eben so auch auf die aktive angewendet werden muß, kann nicht den mindesten Zweifel leiden.

2) In Betreff des Nachlaßvertrags muß zwischen der passiven und aktiven Korreal-Obl. unterschieden werden. Betrachten wir also zunächst:

a) den Fall, wenn der Gläubiger mit Einem von mehreren Korrealschuldnern ein pactum de non petendo abgeschlossen hat. Ist ein solcher Vertrag streng persönlich abgefaßt, hat er also eine ganz individuelle Beziehung auf die Person des pazissirenden reus (pactum de non petendo *in personam*), so versteht es sich von selbst, daß sich darauf der andere Korrealschuldner niemals berufen kann, selbst nicht, wenn derselbe mit dem pazissirenden correus in einem Sozietätsverhältniß stehen sollte, l. 25. §. 1. de pact. (2, 14), und auf ein solches pactum in personam bezieht sich auch die l. 3. §. 3. de liberat. leg. (34, 3), coll. l. 5. pr. §. 1. eod. Ist aber das pactum de non petendo *in rem* abgeschlossen, also ohne solche spezielle Beziehung auf die Person des Paziszenten, dann entscheidet das Prinzip, welches Paulus in l. 21. §. 5. de pact. (2, 14) aufstellt:

„In rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit"

oder, wie derselbe Paulus es in l. 23. eod. ausdrückt:

„Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat".

Daraus folgt aber von selbst, daß, wenn die Korrealschuldner in keinem Sozietätsverhältniß stehen, also sich einander zu entschädigen nicht verpflichtet sind, das pactum de non petendo des Einen den Uebrigen nichts nützen kann, eben weil es dem pazissirenden correus gleichgiltig ist, ob die Andren Zahlung leisten, oder nicht. Steht aber der pazissirende correus mit dem andren correus in einem Sozietätsnexus, so steht in Gemäßheit des obigen Grundsatzes allerdings auch dem nicht pazissirenden correus eine Einrede aus dem pactum des Andren zu, denn diese Einrede hat hier den verständigen Zweck, den Gläubiger zur Erfüllung seines Versprechens anzuhalten. Wäre nämlich der nicht pazissirende correus in einem solchen Falle verpflichtet, die Forderung des Gläubigers zu befriedigen, so würde er sogleich seinen Regreß gegen den andren correus nehmen, und der Kreditor würde also doch der That nach den correus angreifen, von welchem er nichts haben zu wollen versprochen hat. Daraus geht denn auch von selbst hervor, daß der Nichtpazissirende die Klage auch nicht etwa blos zur Hälfte, sondern ganz entkräften kann; denn wenn er auch nur die Hälfte zahlte, oder einen noch kleineren Theil, so würde er doch stets pro rata den andren correus ausklagen, und dieser würde also immer etwas zu geben schuldig sein, von was ihn doch der Kreditor entbunden hat. Vgl. außer den schon zitt. Gesetzen auch noch l. 25. pr. de pactis (wo das *sociis* nicht blos mit duobus argentariis, sondern auch mit duobus reis promittendi ver-

bunden werden muß), l. 9. §. 1. h. t.; l. 7. §. 1. de except. (44, 1). — Von diesen Grundsätzen gehen auch die meisten älteren und neueren Juristen aus, vgl. z. B. *Cujac*, comm. in libr. III. Paul ad Edict. ad l. 25. de pact. (in opp. tom. V. p. 66.); *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 15. nr. VIII. sqq. (in opp. tom. IV. p. 1015 sqq.), *A. Faber*, conj. lib. XI. c. 18, *Noodt*, de pact. cap. ult. (in opp. Lugd. 1724. tom. I. p. 562.), *Vinnius*, sel. quaest. lib. I. cap. 6. — Thibaut in Braun's Erörtr. S. 238 fgg., Mühlenbr., Lehrb. §. 493, Wening, Lehrb. §. 249, Fritz zu Wening II. S. 420, Göschen Vorl. §. 447. gegen E. (S. 233.), Unterh. I. S. 485, Savigny S. 176 fg. und viele Andre mehr. Doch weichen die beiden neuesten ausführlicheren Abhandlungen über unsre Frage in einigen wesentlichen Punkten ab. So vertheidigt namentlich v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des röm. Rechts Th. II. Abh. 19. die Ansicht, daß ein pactum de non petendo *in rem* immer sämmtlichen Korrealschuldnern nütze, auch wenn sie nicht socii seien, das pactum de non petendo *in personam* aber freilich der Regel nach auf den pazißzirenden correus beschränkt bleibe, und nur insofern auch von dem andern correus *socius* benutzt werden dürfe, daß er dem klagenden Gläubiger nicht das Ganze, sondern nur den auf ihn fallenden Sozietäts-Antheil zu leisten brauche. Dagegen stimmt Guyet, Abh. aus dem Geb. des Zivilr. N. 11. S. 280 fgg. im Wesentlichen mit unsren obigen Ausführungen überein, und weicht nur insofern davon ab, daß er annimmt, das pactum de non petendo in rem des einen correus socius befreie den Andren nicht in solidum, sondern nur für die Rate, welche auf den pazißzirenden correus fallen würde. Es scheint mir, daß nach den obigen Ausführungen weder die eine, noch die andre dieser abweichenden Ansichten einer besondren Widerlegung bedürfe.

b) Wenn dagegen einer von mehreren Korrealgläubigern mit dem Schuldner einen Nachlaßvertrag abschließt, so muß ganz allgemein, und ohne Unterscheidung zwischen pactum in rem und in personam, behauptet werden, daß der andre correus sich daraus keine Einrede gefallen zu lassen braucht, und selbst die Ausnahme, welche im Falle der Sozietät bei der passiven Korreal-Obl. anzunehmen ist, muß hier hinwegfallen, denn dort kann immer dem klagenden Gläubiger entgegen gehalten werden, er wolle durch Winkelzüge sein Versprechen umgehen, während hier, wo der klagende correus gar nicht pazißzirt hat, eine solche Einrede von selbst hinwegfällt. Dies ist denn auch der klare Inhalt der l. 27. pr. de pactis (s. oben S. 99.), und dasselbe Resultat geht auch aus l. 93. pr. de solut. (46, 3) hervor, vgl. auch *Cujac.*, obss. lib. XXII. c. 6, comm. in libr. III. Paul. ad Edict. ad l. 27. de pact. (in opp. tom. V.

p, 67 sqq.), *Hübel*, reus. stip. num. paciscendo et nov. correo noceat? cap. II., bes. §. 8. (p. 29 sqq.), Guyet a. a. O. S. 271 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 238 fgg., Mühlenbruch, Wening, Fritz, Göschen, Unterh., Savigny a. d. angeff. OO. — Obwohl nun aber diese Ansicht eben so sehr der Natur der Sache, als den Gesetzen entspricht, so sind doch auch schon sehr davon abweichende Meinungen vertheidigt, und zwar verdienen folgende hier angeführt zu werden: 1) *A. Faber*, conj. lib. XI. c. 18. und Rational. ad l. 27. pr. de pact. — und ihm stimmt auch *Noodt*, de pact. cap. ult. bei — will, besonders um den angeblichen Widerspruch der l. 27. cit. mit der l. 34. pr. de rec. arb. (4, 8) zu beseitigen, und auf die Analogie der Grundsätze über passive Korreal-Obl. sich berufend, in l. 27. cit. das Wort *sociis* ausstreichen, und kommt dadurch zu dem Resultate, daß auch dem nicht pazissirenden correus credendi *socius* die exceptio pacti entgegengesetzt werden könne. Jener angebliche Widerstreit zwischen der l. 27. und l. 34. cit. ist aber in der That gar nicht vorhanden, da in der letztren Stelle nicht etwa, wie Faber irrig meint, gesagt ist, daß das Kompromiß des einen correus credendi socius auch für den andren bindend sei, sondern vielmehr nur, daß der kompromittirende correus die von ihm versprochne Strafe nicht blos dann zahlen müsse, wenn er selbst, sondern auch dann, wenn sein correus socius die Forderung geltend macht. vgl. die vielen bei Schult. et Smallenb. ad l. 27. de pact. (tom. I. p. 350.) Angeff., u. s. auch *Hübel* cit. §. 3 sqq., Guyet a. a. O. S. 275 fgg. Da nun auch, wie schon oben angedeutet ist, die Analogie der passiven Korreal-Obl. in keiner Weise zutreffend ist, so fällt die Konjektur Faber's von selbst als haltlos zusammen. — 2) Noch unhaltbarer, und einer ernstlichen Widerlegung unwerth, ist die Meinung von *Donell*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 25. nr. I sqq. (in opp. tom. IV. p. 1011 sqq.) und seinem Scholiasten *Hilliger* ad h. l. Diese kommen nämlich vermittelst eines ganz unpassenden argum. a. contrario aus der l. 27. pr. cit., und mit Berufung auf die auch nicht entfernt hierher gehörige l. 62. ad leg. Falcid. (35, 2) auf den wunderbaren, und der Faber'schen Lehre direkt entgegenstehenden Satz, daß der Nachlaßvertrag des einen Korrealgläubiger auch die übrigen binde, wenn sie nicht socii seien, daß aber im Falle der Sozietät die exceptio pacti dem andren Korrealgläubiger nicht entgegengesetzt werden könne. Durch die Sozietät, so meint Donell eben mit Berufung auf die l. 62. cit., entstehe gleichsam eine obligatio *divisa* unter den mehreren Korrealgläubigern, und daraus soll dann jene wunderliche Distinktion resultiren! — 3) Sehr verbreitet endlich ist die Mittelmeinung, daß dann, wenn die Korrealgläubiger im Sozietätsnerus ständen, der Nachlaßvertrag

des Einen insofern auch für den Andren wirksam sei, daß er das, was er jenem nach eingehobener Schuld herausgeben müßte, vom Schuldner nicht einklagen dürfe, Glück IV. S. 521. und die dort in Not. 70. Zitt. So billig aber auch diese Meinung ist, so ist sie doch inkonsequent und in augenscheinlichem Widerspruche mit den oben angeführten Gesetzen.

Ich habe bisher die Grundsätze des Justinianischen Rechts über den Einfluß der pacta de non petendo auf Korreal-Obligationen entwickelt, und es fragt sich schließlich nur noch, ob dieselben auch noch h. z. T. anwendbar seien? Es ist nämlich schon von manchen Aeltern, vgl. z. B. *Schilter*, exercitt. ad Pand. exerc. VIII. th. 31, *Struv.*, syntagma jur. civ. exerc. 47. lib. 46. tit. 4. §. 90. u. A., und in unsren Tagen besonders von Guyet a. a. O. S. 287 fgg. und Göschen, Vorl. §. 448, vgl. auch Fritz zu Wening Bd. II. S. 420 fgg., die Meinung vertheidigt worden, daß h. z. T. das einfache pactum de non petendo in rem wie die römische Acceptilation wirken müsse, in ähnlicher Weise, wie ja auch bei uns ein pactum nudum die Kraft einer römischen Stipulation habe; und daraus wird dann abgeleitet, daß ein bloses pactum de non petendo, wenn es auch nur von einem correus debendi oder credendi abgeschlossen sei, immer die ganze Korreal-Obl. vernichten müsse. Ich meines Theils muß diese Theorie als entschieden irrig ansehen. Denn ich halte es schon für unrichtig, unsre heutigen pacta nuda mit den römischen Stipulationen gleichsam zu identificiren, indem das Prinzip des deutschen Rechts nur dahin geht, daß h. z. T. die Verträge, um klagbar zu sein, nicht mehr besondrer Formen, namentlich der Stipulationsform bedürfen, keineswegs aber dahin, daß auch die eben aus jenen weggefallenen Formen hervorgehenden eigenthümlichen Grundsätze auf unsre formlosen Verträge übertragen werden dürften. Noch viel haltloser erscheint mir aber jene für unser heutiges Recht in Anspruch genommene Identifizirung der pacta de non petendo und der römischen Acceptilation, weil diese letztre gar kein wahrer Vertrag ist, und dabei augenscheinlich gar nichts versprochen, sondern dadurch unmittelbar das Forderungs-Verhältniß aufgehoben wird. Die römischen Grundsätze über den Einfluß der pacta de non petendo auf Korreal-Obligationen haben ihren Grund nicht etwa darin, weil dieselben in keiner zivilen Form abgeschlossen und darum minder wirksam gewesen seien — es würden vielmehr meiner Ueberzeugung nach dieselben Sätze angenommen worden sein, wenn Nachlaßverträge in die Form von Stipulationen gekleidet worden wären, z. B. spondesne, te nil petiturum esse? —, sondern jene Grundsätze gehen mit Nothwendigkeit aus der Vertragsnatur dieser pacta hervor, namentlich aus dem bekannten

Prinzip, daß Verträge überhaupt nur unter den Paziszenten wirken; und die abweichenden Grundsätze der Acceptilation haben ihre Quelle nur eben darin, weil die Acceptilation kein Vertrag ist. Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, daß auch h. z. T. überall, wenn ein Nachlaßvertrag abgeschlossen wird. die Prinzipien des römischen Rechts über pacta de non petendo eintreten müssen, und es würde nur die Frage sein, ob es nicht auch h. z. T. eine, von solchen Nachlaß-Verträgen verschiedene Acceptilation gebe? eine Frage, auf die wir an diesem Orte natürlich nicht näher eingehen können (s. auch Girtanner Bürgschaft S. 480 fgg). Mit diesem Resultate, obwohl meist aus andren Gründen, stimmen auch die meisten Neueren überein, vgl. z. B. Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 45 fgg., v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pand. R. S. 299 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 242, Unterh. I. S. 484, Sintenis S. 143. Not. 71, Savigny S. 178. u. A. m. —

So viel von den Erlöschungsgründen der Korreal-Obligation. Vergleichen wir hiermit noch einen Augenblick die blos solidarischen Verbindlichkeiten, so müssen wir dabei, wie schon oben in Anm. 1. angedeutet wurde, von dem leitenden Grundsatze ausgehen, daß keineswegs alle Ereignisse, welche den objektiven Bestand der obligatio affiziren, sondern nur diejenigen einen zerstörenden Einfluß auf das gesammte obligatorische Verhältniß äußern können, welche eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers mit sich führen. Zahlung und Kompensation müssen also hier natürlich gerade so, wie bei der Korreal-Obligation wirken. Anders dagegen verhielt es sich begreiflich mit der Litis-Kontestation, denn durch diese wurde natürlich auch schon vor Justinian gerade nur die eine obligatio des von dem Gläubiger Angegriffenen in judicium deduzirt, und die davon verschiedenen selbstständigen Obligationen der übrigen solidarisch Verpflichteten konnten dadurch also in keiner Weise konsumirt werden, vgl. l. 14. §. 15, l. 15. quod met. c. (4, 2), l. 1. §. 10, l. 2—4. de his, qui effud. (9, 3), l. 5. pr. de noxal. act. (9, 4), l. 3. pr. si mensor. fals. mod. (11, 6), l. 5. §. 15. commod. (13, 6), l. 1. §. 43. depos. (16, 3), l. 18. §. 1, l. 42. de adm. tut. (26, 7), l. 1. §. 13. 17, l. 15, l. 21. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 7. §. 4, l. 8. quod falso tut. (27, 6), l. 1. §. 13. de vi (43, 16), l. 1. C. de cond. furt. (4, 8). So lange man den Unterschied zwischen eigentlicher Korreal-Obl. und blos solidarischer Verbindlichkeit so gut, wie ignorirte, mußte die Vereinigung dieser Stellen mit den oben S. 101. angegebenen gesetzlichen Aussprüchen über den Einfluß der Lit.-Kontestation auf Korreal-Obl. ein unaufgelöstes Räthsel bleiben, welches aber jetzt durch Ribbentrop's Scharfsinn in der genügendsten Weise

seine Erledigung gefunden hat. Wenn nun auch dieser ehedem so scharf hervortretende Unterschied zwischen der passiven Korreal-Obl. und der solidarischen Verbindlichkeit durch Justinian's l. 28. C. de fidej. für das neueste Recht hinweggefallen ist (s. oben S. 102.), so muß doch in Betreff der *res judicata* und des Eides noch immer ein solcher angenommen werden, denn die Obligationen der Uebrigen können dadurch nicht erlöschen, sondern der Gläubiger hat deßungeachtet noch immer das Recht, diese andren Schuldner zu belangen, l. 25. §. 3. de fidej. (46, 1):

> *Papinian.* „Plures ejusdem pecuniae mandatores, si unus judicio eligatur, *absolutione quoque secuta non liberantur*, sed omnes liberantur pecunia soluta".

Dasselbe möchte wohl auch von der Acceptilation gesagt werden müssen, denn obwohl dieselbe bekanntlich ihren Wirkungen nach häufig mit der Zahlung verglichen wird, so entscheidet hier doch wohl der Umstand, daß sie in keinem Falle eine reelle Befriedigung des Gläubigers mit sich führt. Und was endlich die Novation anbelangt, so folgt aus unsrem obigen Grundsatze, daß dadurch die übrigen Schuldner soweit liberirt werden, als das Objekt der neuen obligatio quantitativ mit dem Objekte der früheren Obligation übereinstimmt, während der Mehrbetrag der früheren obligatio noch immer von den andren Debitoren eingetrieben werden kann, vgl. auch arg. l. 1. C. de transact. (2, 4):

> *Antonin.* „Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt, vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis", s. auch l. 15. de tut. et rat. distr. (27, 3),

welche Stellen um so beweisender für unsre Behauptung werden, wenn man erwägt, wie in solchen Verhältnissen dem Transacte so ganz gewöhnlich eine stipulatio Aquiliana (also eine Novation) vorauszugehen pflegte. Vgl. überhaupt Ribbentrop §. 28 und 29.

---

2) Eintritt in ein fremdes Obligations-Verhältniß.

A. Eintritt in ein fremdes Forderungsrecht vermittelst Zession.

Dig. XVIII. 4, Cod. IV. 39. de hereditate vel actione vendita. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 44. (in opp. tom.

IV. p. 445 sqq.), *a Sande*, de actionum cessione. Francof. 1623 und öfter, *de Olea*, de cessione jur. et action. Col. Allobr. 1651 und öfter, *Lenz*, de nominib. et actionib. cessis, Lips. 1661, *Brunnemann*, de cessione actionum. Francof. ad Viadr. 1662 und öfter, Glück XVI. S. 379 fgg., und vor Allen Mühlenbruch, die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. Greifsw. 1817. 3. Aufl. 1836. Vgl. auch noch Koch, die Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte — — nach den Grundſ. des Preuß. Rechts in genauer Vergleichung mit dem gem. R. Breslau 1837. S. 32 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslex. s. v. Cession (Bd. II. S. 636 fgg.), Unterh. I. S. 601 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. V. S. 41 fgg., *Molitor* III. p. 433 sqq.

a) Begriff und Erfordernisse der Zession. §. 574.

1) *Gordian.* l. 3. C. de novat. (8, 42): Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

2) *Idem.* l. 1. C. de O. et A. (4, 10): Data certae pecuniae quantitate ei, cujus meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam, et ante, quam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

3) *Ulp.* l. 16. pr. de pact. (2, 14): Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a D. Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

4) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 8. C. h. t.: Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

5) *Idem.* l. 5. C. quando fiscus (4, 15): In solutum nomine

dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest; suo autem nomine utili actione recte utetur.

Anm. 1. Die Natur des Forderungsrechts bringt es mit sich, daß dabei eine eigentliche Singular-Succession nicht Statt finden kann. Zwar kann allerdings ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten treten, aber nur so, daß mit dem neuen Kreditor auch eine neue obligatio entsteht, und das frühere Forderungsrecht ganz zerstört wird (Delegation). Eben deßhalb aber, weil die alte Obligation hierdurch stets vernichtet wird, während man doch leicht ein Interesse daran haben kann, daß gerade sie erhalten werde, und nicht blos eine andre an ihre Stelle trete, und ferner, weil eine solche Delegation begreiflich nicht ohne Einstimmung und Mitwirkung des Schuldners vor sich gehen kann, konnte diese Art des Verkehrs mit Forderungen den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht genügen. Eine passende Aushilfe gewährten hier aber die Grundsätze über prozessualische Vertretung. Seit der Einführung des Formularprozesses brauchte man nämlich nicht mehr gerade in eigner Person einen Rechtsstreit zu führen, sondern es konnten Stellvertreter eintreten, in welchem Falle dann die formula so konzipirt wurde, daß zwar in der Intentio der ursprüngliche Gläubiger genannt, die Kondemnatio aber auf den Prokurator gerichtet war. Setzen wir also, der ursprüngliche Gläubiger heißt P. Maevius, der Prokurator aber L. Titius, so lauteten die intentio und die condemnatio so: si paret, Numerium Negidium *Publio Maevio* X millia dare oportere, judex Numerium Negidium *Lucio Titio* X millia condemna, si non paret, absolve, Gai. IV. 86. Damit hing aber natürlich zusammen, daß die durch die Litis-Kontestation entstehende neue Obligation nur für die Person des Prokurator begründet, daß dieser also, wie die Römer sagen, ***dominus litis*** wurde, l. 4. fin. de apell. (49. 1), l. 22. 23. C. de procur. (2, 13), und damit nur für ihn, nicht für den Prinzipal die Rechtsmittel aus dem Judikate erwuchsen, vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. 3, Keller, Lit.-Kont. und Urth. S. 304 fgg., Mühlenbr. §. 6. 7. Es leuchtet von selbst ein, wie so nahe es liegen mußte, dieses Institut auch als Mittel zu einem freiern Verkehr mit Forderungen zu benützen, zu einem Verkehr, der sich namentlich dadurch wesentlich von der schwerfälligen Delegation auszeichnete, daß dabei die Einwilligung des Schuldners schlechthin nicht erforderlich war. Man machte nämlich nur denjenigen, dem man ein Forderungsrecht übertragen wollte, durch ein mandatum agendi

zu seinem Prozeß-Prokurator, und verzichtete dabei auf die Rechtsmittel, die man einem gewöhnlichen Prokurator gegenüber zu dem Zwecke hat, um das durch die Litis-Kontestation begründete dominium litis für sich unschädlich zu machen. So entstand der Begriff eines *procurator in rem suam*, durch dessen Konstruirung man, freilich nothdürftig genug, die in der Natur der Sache liegende Unübertragbarkeit eines Forderungsrechts mit den Bedürfnissen des Rechtslebens, welches einen Verkehr mit Forderungen dringend erheischt, in Einklang brachte. Der **Mandant** (s. g. cedens) blieb ja trotz des ertheilten mandatum agendi noch fortwährend der wahre Gläubiger, und auf seine Person wurde ja auch die intentio gerichtet, so daß also dadurch jeder Gedanke an eine Succession ausgeschlossen war. Dennoch aber erlangte der *procurator in rem suam* (s. g. cessionarius) alle Vortheile der übertragenen Forderung, und zwar durch die Vermittelung des dominium litis mit großer Selbstständigkeit. Und bei alle dem blieb die rechtliche Lage des **Schuldners** (des s. g. debitor cessus) gänzlich unverändert, indem er ja gar keinen neuen Gläubiger erhielt und in kein neues Obligations-Verhältniß eintrat, sondern für ihn gerade Alles so blieb, wie wenn der Kreditor in eigener Person gegen ihn aufgetreten wäre; denn auch die durch die Litis-Kontestation neu begründete obligatio war natürlich dem Prokurator des Gläubigers gegenüber völlig eben so beschaffen, wie wenn sie dem Kreditor selbst gegenüber begründet wäre.

Völlig befriedigend war aber doch freilich die Zession in der Gestalt, wie wir sie bisher aufgefaßt haben, noch nicht, und zwar besonders darum, weil die Lage des Zessionars in mehrfacher Beziehung eine sehr prekäre war. Erst durch die Litis-Kontestation und das dadurch begründete dominium litis trat er in eine ganz feste und selbstständige Stellung, während bis zu diesem Zeitpunkte noch durch mancherlei mögliche Wechselfälle sein Recht wesentlich gefährdet war; denn nicht nur, daß bis dahin das Mandat leicht erlöschen konnte, z. B. durch seinen oder des Mandanten Tod — (das Mandats-Verhältniß geht bekanntlich nicht auf die Erben über) — so stand ja auch bis dahin dem Mandanten nichts im Wege, noch in eigener Person seine Forderung gegen den debitor cessus durch Prozeß oder in andrer Weise (durch Annahme von Zahlungen, Vergleich u. s. w.) geltend zu machen, und dadurch den Zessionar auszuschließen. Das neuere Recht fand sachgemäße Mittel, auch diese Bedürfnisse zu befriedigen, ohne darum doch irgend den vorher angedeuteten Grundgedanken der Zession aufzugeben. Um nämlich

1) zwischen dem Zessionar und dem debitor cessus schon vor der Litis-Kontestation, also vor allem Rechtsstreit, ein festes, den Zessionar gegen Eingriff des Zedenten sicher stellendes Verhältniß zu

begründen, wurde das im römischen Rechte so vielfältig eingreifende (vgl. Mühlenbruch §. 8. und jetzt besonders Asverus, die Denunziation der Römer, Leipzig 1843 namentlich §. 8—11. S. 68 fgg.) Rechtsmittel der Denunziation dem Zessionar verwilligt. Derselbe durfte nämlich sogleich nach geschehener Zession durch eine, früher wahrscheinlich förmliche und vor Zeugen vorzunehmende (vgl. Mühlenbr. a. a. O., Asverus §. 11. 12. S. 91 fgg.) Anzeige an den debitor cessus sich insofern in ein, dem dominium litis ähnliches Verhältniß zu demselben setzen, daß diesem schon von jetzt an nicht mehr gestattet war, durch irgend welche Verhandlungen mit dem Zedenten das Recht des Zessionars zu beeinträchtigen, T. 1. vgl. mit l. 4. C. quae res pignori (8, 17).

2) Noch eingreifender war die Herüberziehung der *utiles actiones*, die in mehrfacher Beziehung dem Zessionar zur Aushülfe gestattet wurden. a) Wir hatten oben schon angedeutet, daß dessen Sicherheit namentlich dadurch gefährdet war, daß vor der Litis-Kontestation leicht sein Mandat erlöschen konnte, und war dies nun wirklich einmal der Fall, so konnte er freilich nicht mehr procuratorio nomine auftreten, aber es wurde ihm allerdings eine utilis actio eingeräumt, T. 2, l. 33. C. de donat. (8, 54). — b) Außerdem konnte es auch vorkommen, daß Jemand zwar durch ein Rechtsgeschäft sich zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, dennoch aber den andren Paziszenten noch nicht zum procurator in rem suam gemacht hatte; und auch hier wurde demselben allmählig durch Gestattung von utiles actiones in der Weise geholfen, daß er, ohne wirklich ein Mandat empfangen zu haben, dennoch mit demselben Effekte, wie wenn er es erhalten hätte, gegen den Debitor auftreten konnte. Solche utiles actiones wurden unsres Wissens zuerst durch Antoninus Pius dem Käufer einer Erbschaft eingeräumt (T. 3.), was dann später analog auch bei andren Rechtsgeschäften in Anwendung gebracht wurde, wie namentlich bei der venditio nominis, T. 4. vgl. mit l. 1. 2. C. de O. et A. (4, 10), l. 7. C. h. t., ferner, wenn eine Forderung in dotem gegeben, l. 2. C. de O. et A., an Zahlungs Statt eingeräumt (T. 5), oder legirt wird, l. 18. C. de legat. (6, 37); und es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß dies nach Justinianischem Rechte bei allen Rechtsgeschäften gilt, durch welche die Uebertragung einer Forderung bezweckt wird. — c) Endlich kommen utiles actiones auch noch in einer Reihe von Fällen vor, in denen nicht einmal ein auf Uebertragung der Forderung gerichtetes Rechtsgeschäft (Verkauf, Schenkung u. s. w.) abgeschlossen ist, sondern die Uebertragung unmittelbar durch die Vorschrift des Gesetzes herbeigeführt wird, also in den Fällen der oft s. g. *cessio legis*. — Mag nun aber der Zessionar wirklich procurator in rem

suam sein, oder mag er eine actio utilis in einer der eben angedeuteten Funktionen gebrauchen, so ist die rechtliche Stellung desselben dem *debitor cessus* gegenüber immer völlig dieselbe, denn all' diese utiles actiones sollen ja eben nur dazu dienen, den Berechtigten ganz in die Lage zu bringen, wie wenn ihm der Zedent wirklich die Klagen mandirt, ihn also zum wahren procurator in rem suam gemacht hätte. Dies vollständigst nachgewiesen, und die argen deßfallsigen Irrthümer, die bis dahin die Zessionslehre fast gänzlich beherrschten (vgl. Mühlenbruch §. 17.), in einer solchen Weise widerlegt zu haben, daß wir hoffentlich für alle Zeit vor der Rückkehr derselben behütet sind, ist das besondre Verdienst des Mühlenbruch'schen Werks über Zession, vgl. den ganzen ersten Abschnitt desselben, bes. §. 16 und 17. Eben so wenig aber, wie die Meinung sich rechtfertigen läßt, daß ein Unterschied Statt finde, je nachdem der Zessionar procuratorio nomine oder mit einer actio utilis auftrete, eben so wenig läßt sich auch die andre Theorie, der doch auch Neuere nicht fremd sind (vgl. namentlich Roßhirt in der zit. Abh.) billigen, daß durch die Einführung jener actiones utiles das Prinzip der ganzen Zessionslehre sich verändert habe, und daß dadurch die Zession zu einer wirklichen Succession, der Zessionar zum wirklichen Kreditor geworden sei. Vielmehr muß auch für das neueste römische Recht der alte Grundgedanke unsrer Lehre als fortwährend geltend angesehen werden, daß der Zessionar nur eine fremde Forderung geltend mache, daß er dem debitor cessus gegenüber nur Prokurator, nicht aber Successor des Zedenten sei; denn, wir wiederholen es, die utiles actiones, die allmählig in immer größerem Umfange dem Zessionar eingeräumt wurden, erscheinen überall nur als ein Surrogat des Mandatum, und auch nicht entfernt wirkte bei ihrer Einführung der Gedanke, daß dadurch eine neue Basis für die Zessionslehre begründet werden solle. —

Fassen wir jetzt den Standpunkt auf, von welchem aus im Justinianischen Rechte die Zession der Forderungen aufgefaßt werden muß, so ergibt sich aus dem Vorhergehenden, daß dabei nothwendig zwei wesentlich verschiedene Gesichtspunkte gesondert werden müssen. Dem debitor cessus gegenüber gilt der Zessionar auch noch nach neuestem Rechte schlechthin nur als *procurator;* er ist nicht selbst Gläubiger oder Successor des Gläubigers, sondern er macht, mag er nun wirklich procuratorio nomine oder mit der actio utilis auftreten, immer nur eine fremde obligatio geltend. Ganz anders aber dem Zedenten gegenüber. Hier treten nach neuerem Rechte nicht mehr die beengenden Grundsätze des Mandats ein, sondern der Zessionar hat eine selbstständige, von ferneren Einwirkungen des Zedenten freie Befugniß, die ihren Grund regelmäßig in einem besondren

rechtübertragenden Geschäfte (Kauf, Schenkung, datio in solutum oder dergl.) hat, aber in manchen Fällen auch durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift herbeigeführt wird. Daß diese selbstständige Stellung des Zessionar dem Zedenten gegenüber auch einigen Einfluß auf sein Verhältniß zum debitor cessus äußert, liegt in der Natur der Sache, aber nie ist dies soweit ausgedehnt worden, daß dadurch der in dem Obigen entwickelte Grundgedanke des ganzen Instituts irgend wesentlich alterirt wäre. — Der Begriff der Zession kann nun hiernach keine Schwierigkeit mehr machen. Eine Zession ist nämlich dann vorhanden, wenn Jemand durch ein Rechtsgeschäft oder durch gesetzliche Vorschrift die selbstständige Befugniß erlangt hat, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheile auszuüben. —

Wenn man nun auch h. z. T. sehr allgemein die Richtigkeit dieser Begriffs-Entwicklungen nach römischem Rechte anerkennt, so sucht sich doch in neuester Zeit die Ansicht geltend zu machen, daß das moderne Recht die beschränkte Ansicht des römischen von der Unübertragbarkeit der obligatio überwunden habe, und demgemäß in unsrem heutigen Rechtsleben die Zession allerdings als eine wahre Singular-Succession aufgefaßt werden müsse, vgl. z. B. Seuffert prakt. Pandektenr, §. 297. Anm. 4, Brinz krit. Blätter Nr. 2. S. 34, Windscheid in der krit. Ueberschau Bd. I. S. 27 fgg. Meiner Ansicht nach fehlt es dieser Ansicht an jedem haltbaren Grunde, und namentlich kann ich in der Berufung auf das „heutige Rechtsbewußtsein des Volks“ keinen solchen anerkennen. Wenn ich auch zugebe, daß h. z. T. den Interessenten bei einem Zessions-Geschäft der römische Begriff der Zession nur selten vor Augen stehen wird, sondern dieselben meistens, an die äußeren Erscheinungen dieses Verhältnisses sich anlehnend, darin eine wirkliche Uebertragung der Forderung, ähnlich der Uebertragung einer körperlichen Sache, erblicken werden: so muß ich es gar sehr bezweifeln, daß diese vulgäre Auffassung irgend einen Einfluß auf die juristische Begriffs-Konstruktion äußern dürfe. So lange sich im Rechtsleben keine Abweichung in den materiellen Rechtssätzen ausgebildet hat — und dieses ist in der Zessionslehre noch von Niemanden dargethan —, muß der Richter den quellenmäßigen Begriff des Rechtsverhältnisses mit allen seinen praktischen Konsequenzen festhalten, sollte dieser Begriff auch der vulgären Anschauungsweise nicht entsprechend sein; denn es liegt in der Natur der Sache, daß nur der materielle Gehalt der Rechtssätze, aber nicht auch die juristische Konstruktion derselben durch das Rechtsbewußtsein des Volkes bestimmt werden kann. — Auch der Versuch von Delbrück, Uebernahme der Schulden nach gemein. u. preuß. Rechte Berl. 1853. S. 3 fg. S. 10 fgg. (vgl. auch desselben Abh. in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. XV. S. 134 fgg.),

den Begriff von Zession als einer wahren Succession für das heutige Recht dadurch zu rechtfertigen, daß er ihn auf eine angebliche prinzipielle Verschiedenheit zwischen römischem und germanischem Rechte zurückführen will, scheint mir wenig befriedigend. Sein wesentlicher Gedanke ist nämlich folgender: „während das römische Recht von dem Begriff der Obligatio, als eines Verhältnisses zwischen bestimmten Personen ausgehe, als eines Verhältnisses, welches nur durch diese wechselseitige Beziehung bestimmter Individuen auf einander existire, und eben darum von der Person des Gläubigers oder Schuldners sich nicht trennen lasse, trete dieser Begriff im germanischen Rechte völlig zurück, indem dieses nur Forderungen und Schulden kenne, welche als Werthe Gegenstände des Verkehrs seien und Veräußerungen gestatteten; denn während die obligatio ein lebendiges Verhältniß zwischen Personen sei, seien Forderung und Schuld der feste, sachliche Niederschlag desselben." Vgl. gegen diese, gewiß unhaltbare Ansicht, welche von Delbrück noch insbesondre dazu benutzt wird, ein angeblich selbständiges Institut des modernen Rechts — „die Uebernahme fremder Schulden" — zivilistisch zu begründen, die guten Bemerkungen von Windscheid a. a. O. S. 37 fgg.

Anm. 2. In der Regel sind alle Forderungen zessibel, und es kommt dabei im Allgemeinen die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes, des Inhalts oder der Wirkungen nicht in Betracht. So können namentlich Forderungen aus Delikten gerade so gut zedirt werden, wie die aus Verträgen, l. 7. §. 1. commod. (13, 6), l. 35. §. 4. de contr. emt. (18, 1), l. 31. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 38. §. 1. de solut. (46, 3), l. 14. pr., l. 80. fin. de furt. (47, 2). So ist ferner auch die Zession von blos natürlichen Forderungen unbedenklich zu gestatten, denn da ein Zessionar dann, wenn ihm eine bürgerliche Forderung übertragen ist, dieselbe offenbar nicht blos durch Klagen, sondern auch durch Exzeptionen geltend machen kann, so muß auch eine Forderung, welche blos Exzeptionen und keine Klage hervorbringt, zedirt werden können, vgl. auch arg. l. 40, l. 64. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 17. h. t., Mühlenbruch S. 252 fgg., Puchta S. 639, *Molitor* p. 440, jedoch gewiß nur mit der in der Natur der Sache liegenden Beschränkung, daß in der Regel die zedirte natur. oblig. nicht zur Kompensation benutzt werden darf, vgl. d'Avis und Arndts in Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 114 fgg. Ebenso ist auch Ungewißheit oder Unbestimmtheit der Forderung kein Hinderniß der Zession, und es können also künftige, namentlich bedingte Forderungen wirksam zedirt werden, l. 3. C. de donat. („*Spem futurae actionis* — — — posse transferri, non immerito placuit"), l. 17. h. t., ebenso Forderungen, deren Quantum unbestimmt ist, l. 5. h. t., und daß auch alternative Forderungen

zedirt werden können, selbst wenn dem Kreditor die Wahl zusteht, und daß in diesem Falle auch das Wahlrecht auf den Zessionar übergeht, ist schon an einem andren Orte bemerkt worden (s. oben S. 21). Endlich ist es auch kein Hinderniß der Zession, daß eine Forderung ihren Grund in einem Rechtsverhältn'sse hat, welches an und für sich der Uebertragung nicht fähig ist, und so können namentlich auch Forderungen zedirt werden, welche aus einem jus singulare o er privilegium entstanden sind, wie z. B. das auxilium in integrum restitutionis, l. 24. pr. de minor. (4, 4).

Doch gibt es allerdings auch Beschränkungen der Zessibilität. Wenn man früher hierfür oft ein leitendes Prinzip in der Vergleichung der Zession mit der Vererbung gefunden zu haben glaubte, und demgemäß die Regel aufstellte: quod est transmissibile, id est cessibile, oder noch öfter in umgekehrter Fassung: quae non sunt transmissibilia, non transeunt per cessionem, so wird dies wohl h. z. T., namentlich nach Cocceji's (de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra, in Disp. vol. II. nr. 65.) und Mühlenbruch's (Zession §. 23.) Untersuchungen keinen Vertheidiger mehr finden, und wirklich läßt sich auch nicht einsehen, wie bei der so großen Verschiedenheit der Grundbegriffe der Zession und der Transmission eine solche Parallele irgend gerechtfertigt werden könne. Es müssen vielmehr die einzelnen Beschränkungen der Zessibilität nicht durch eine Verweisung auf die Fälle der Unvererblichkeit, sondern selbstständig ermittelt werden, und zwar sind dabei zwei Klassen zu unterscheiden, indem manche Beschränkungen schon aus allgemeinen Grundsätzen hervorgehen, während andre durch singuläre gesetzliche Bestimmungen eingeführt sind.

In d'e erste Klasse gehören folgende Fälle:

1) Der Begriff der Zession bringt es schon mit sich, daß nicht etwa das gesammte obligatorische Verhältniß, sondern nur einzelne, daraus hervorgehende Forderungen Gegenstand der Zession sind, und so versteht es sich also von selbst, daß durch Zession nicht etwa ein Sozietäts-, Mandats-, Mieths-Verhältniß u. s. w. für den Zessionar entstehen kann, sondern daß nur die in der Person des Zedenten begründete actio pro socio, mandati, locati etc. auf den Zessionar übertragen wird. Es macht dies begreiflich einen großen Unterschied. Träte z. B. der Zessionar wirklich in das gesammte obligatorische Verhältniß des Vermiethers, Mandanten u. dgl., so würde ja auch der Miether oder Mandatar mit seinen etwaigen Anforderungen sich an den Zessionar halten müssen, und so an diesen nicht blos Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten übergegangen sein! Vgl. auch Mühlenbr. S. 245 fgg. S. 307 fgg., Puchta S. 642.

2) Forderungen, die gar nicht eigentlich zu unsrem Vermögen

gehören, können auch nicht zedirt werden, und unstatthaft ist daher die Uebertragung von Popularklagen, und von s. g. actiones vindictam spirantes, denn vor der Litis-Kontestation sind dieselben nicht in bonis nostris, l. 7. §. 1. de popul. act. (47, 23), l. 12. pr. de V. S. — l. 28. de injur. (47, 10), l. 32. pr. ad leg. Falc. (35, 2), und nach der Litis-Kontestation dürfen sie als actiones litigiosae nicht übertragen werden. Ueber den Begriff und die einzelnen Fälle der actiones vindictam spirantes s. Bd. I. §. 145. Anm. (S. 240 fgg).

3) Der Natur der Sache nach sind auch solche Forderungen nicht zessibel, deren Inhalt sich durch die Leistung an einen Andren, als den eigentlichen Gläubiger, gänzlich verändern würde, wohin z. B. häufig Forderungen auf Dienstleistungen gehören, vgl. l. 9. §. 1. de operis libertor. (38, 1): „Sed officiales quidem futurae (operae) nec cuiquam alii deberi possunt, quam patrono, *cum proprietas earum et in edentis persona, et in ejus, cui eduntur, consistat*“. eben so Alimentations-Forderungen, Ansprüche auf Bestellung einer Personalservitut u. dgl.

4) Eben so sind auch begreiflich Forderungen nicht zessibel, deren Geltendmachung nothwendig eine besondre, nicht übertragbare, Qualität in der Person des Gläubigers voraussetzt, wie z. B. Retraktsklagen, Mühlenbr. S. 323 fgg. —

Sehr gewöhnlich leitet man aber aus allgemeinen Grundsätzen noch einige andre Beschränkungen in Betreff der Zessibilität ab, die sich jedoch bei schärferer Betrachtung kaum rechtfertigen lassen möchten. Sehr verbreitet ist nämlich erstens die Ansicht, daß eine Forderung gegen den Vater nicht an den Haussohn desselben zedirt werden dürfe, es müßte denn der Erwerb dieser Forderung als zum peculium castrense oder quasi-castrense gehörig angesehen werden können, und zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich theils auf den bekannten Grundsatz, daß wegen der durch väterliche Gewalt begründeten Personen-Einheit kein Rechtsstreit zwischen Kind und Vater vorkommen könne, mit Ausnahme der kastrensischen Pekulien, l. 4. de judic. (5, 1), theils auf den speziellen Ausspruch der l. 7, de O. et A.:

> „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius“.

Unter Voraussetzung der Richtigkeit dieser Ansicht würde sich natürlich wegen völliger Gleichheit des Grundes auch nichts gegen die weitere, gewöhnlich gemachte Folgerung einwenden lassen, daß auch umgekehrt Forderungen gegen den Sohn nicht an den Vater zedirt werden dürften, es müßte denn die zedirte Forderung als ein Passivum des peculium castrense erscheinen. Vgl. z. B. statt Aller Mühlenbr. §. 33, Puchta S. 643. Aus den für diese angebliche Unstatthaf-

tigkeit der Zession angeführten Gründen dürfte aber schwerlich etwas Weiteres folgen, als daß der Zessionar gegen den debitor cessus während der Dauer der väterlichen Gewalt keine Klage erheben darf; daß aber die Zession ganz nichtig und wirkungslos sei, steht weder in der l. 7. cit., noch geht es aus den allgemeinen, dafür angeführten, Grundsätzen des römischen Rechts hervor; vgl. auch Unterh. S. 607. Nr. 11, Rudorff, Grundr. zu Vorl. über das gem. Zivilr. 2. Ausg. Berl. 1843. S. 263. a. E., Sintenis II. S. 808 fg. Anm. 29, Arndts §. 258. Anm. 4. — Eine zweite Beschränkung der Zession, die auch noch aus der Natur der Sache abgeleitet wird, soll darin bestehen, daß accessorische Forderungen nicht ohne das prinzipale Recht, auf welches sie sich beziehen, übertragen werden dürfen, und namentlich führt man als hauptsächlich hierher gehörige Fälle die Forderungen gegen Bürgen und die actio hypothecaria an, vgl. z. B. statt Aller Mühlenbr. §. 28, Unterh. S. 606. Nr. 7. Wollte man freilich die Zession einer solchen accessorischen Forderung in dem Sinne auffassen, daß diese dadurch zur Accession für ein andres, dem Zessionar zuständiges, prinzipales Recht werden sollte, so wäre dies absolut unzulässig, und dem Grundbegriffe der Zession widerstreitend. Faßt man dagegen eine solche Zession so auf, daß der Zessionar die accessorische Forderung gerade unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange, wie der Zedent geltend machen solle, so vermag ich nicht einzusehen, warum eine solche Zession nur statthaft sein soll, wenn auch die prinzipale Forderung selbst mit übertragen wäre. Denken wir uns zunächst einen Bürgschaftsfall. Primus ist dem X 1000 Thaler schuldig, und der Sekundus hat sich dafür verbürgt. Hier kann meiner Ueberzeugung nach der X unbedenklich seine Klage gegen den Sekundus an den Z zediren, ohne daß er auch demselben die Klage gegen den Primus mit übertrüge. Nach Pandektenrecht, ehe das beneficium excussionis eingeführt war, ist dies wohl ganz unzweifelhaft; denn wie im Falle einer passiven Korreal-Obligation der Gläubiger seine Klage gerade nur gegen Einen der correi debendi zu zediren befugt ist, und der Zessionar dann gerade auch nur diesen Einen belangen kann, so mußte auch die ausschließliche Zession der Klage gegen den Bürgen gestattet sein. Durch das Justinianische beneficium excussionis hat sich aber hieran sicher nichts weiter geändert, als daß jetzt der Zessionar sich eben so die exceptio ordinis gefallen lassen muß, wie der Zedent selbst, wenn dieser geklagt hätte, d. h. daß ihm überhaupt eine solche Zession der Regel nach nur dann Vortheil bringt, wenn der prinzipale Schuldner insolvent oder abwesend ist. Zahlt nun aber in Folge einer derartigen Zession der Bürge wirklich an den Zessionar, so wird natürlich dadurch auch die prinzipale Forderung

des Zedenten gerade so getilgt, wie wenn der Bürge an diesen selbst Zahlung geleistet hätte, und insofern läßt sich nicht ganz mit Unrecht sagen, daß in der Zession einer solchen accessorischen Forderung auch gewisser Maaßen eine Uebertragung der prinzipalen Forderung selbst liege; aber daß eine solche Zession ungültig und unzulässig sei, läßt sich sicherlich nicht behaupten. — Mit der Uebertragung der actio hypothecaria verhält es sich augenscheinlich im Wesentlichen eben so, und eine besondere Ausführung ist daher überflüssig. Vgl. auch Puchta S. 644, Sintenis S. 811. Anm. 39, Seuffert §. 299. Not. 1, Arndts §. 258. Anm. 4, *Molitor* cit. p. 451 sq.

Wir wenden uns jetzt zu der zweiten Klasse, nämlich zu den Fällen, in denen die Zession vermöge singulärer gesetzlicher Bestimmung unzulässig ist. Hierher gehört:

1) Das Verbot der Zession an einen Mächtigeren, sofern dieselbe in böslicher, den Schuldner verletzenden Absicht geschieht, l. 2. C. ne liceat potentiorib. patrocinium litigantibus praestare vel *actiones in se transferre* (2, 14):

> *Honor.* et *Theodos.* „Si cujuscunque modi actiones ad potentiorem fuerint delatae personas, debiti creditores jactura mulctentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores“.

Mühlenbr. §. 30. S. 370 fgg. vertheidigt nach dem Vorgange von *Olea*, tit. II. qu. 4. nr. 16 sqq. die Meinung, daß hier gar nicht die wirkliche Zession an einen potentior verboten werde, sondern da nur von einer simulirten Zession die Rede sei, wofür er sich theils auf die Schlußworte der l. 2. cit. beruft, theils auf den Zusammenhang, in welchem dieser, nur aus zwei Konstitutionen bestehende Kodertitel mit dem vorhergehenden (tit. 13. de procuratoribus) und dem nachfolgenden (tit. 15. de his, qui potentiorum nomine titulos praediis affigunt, vel eorum nomina in litem praetendunt) steht, theils und vorzüglich auf den Umstand, daß ja in der l. 2. cit. ausdrücklich dem Zedenten der Verlust des Forderungsrechts angedroht sei, was unter Voraussetzung einer wirklichen Zession keinen Sinn habe. Dieser Meinung sind denn auch viele Neuere beigetreten, vgl. z. B. Wening §. 209, Fritz zu Wening II. S. 214 fgg., Unterh. I. S. 608. Not. o. u. A. m. Noch weiter geht Gesterding, Irrth. S. 436 fgg., indem er aus ähnlichen Gründen, wie Mühlenbruch zu dem Resultate kommt, daß hier überhaupt von gar keiner Zession, weder von einer wirklichen, noch von einer simulirten, die Rede sei, sondern nur von einem patrocinium eines potentior; und die scheinbar auf eine Zession hindeutenden Ausdrücke in der Rubrik (actiones in se transferre), und in der l. 2. cit. (actiones delatae) seien nur von dem dominium litis des

Prokurators zu verstehen. — Gesterding's Auslegung muß wohl unbedenklich verworfen werden, denn nicht nur, daß dann die l. 2. gerade nur dasselbe enthalten würde, was schon in der l. 1. eod. steht, und daß ferner schon an und für sich die Beziehung jener kritischen Ausdrücke auf das dominium litis höchst gezwungen erscheint, so ist dies auch namentlich in der Titelrubrik völlig unzuläßig, weil hier ja das actiones in se transferre als etwas von dem patrocinium praestare ganz Verschiedenes aufgeführt wird („*vel*"). Eben so wenig möchte sich aber auch Mühlenbruch's Meinung rechtfertigen lassen. Daß simulirte Zession auch unter die Vorschrift der l. 2. cit. falle, ist freilich unzweifelhaft; das Gesetz aber darauf beschränken zu wollen, ist bei den ganz allgemeinen Worten desselben in Verbindung mit der Titelüberschrift, die offenbar auf wahre Zession hinweisen, sicher unzuläßig. Auch die Schlußworte des Gesetzes deuten blos auf die hier allerdings nothwendige Voraussetzung der Chikane und Arglist, mag dieselbe nun in einer blos simulirten, oder in einer wirklichen Zession sich manifestiren. Und daß der Verlust der Forderung dem Zedenten angedroht ist, erklärt sich leicht, da ja die Zession selbst in jedem Falle nichtig ist, und also abgesehen von dieser Strafdrohung die Forderung allerdings bei dem Zedenten zurück geblieben sein würde. Vgl. auch Puchta S. 646 Sintenis S. 812. Anm. 40, *Molitor cit. p.* 452, Seuffert und Arndts a. d. aa. OO. Wie also schon nach Pandektenrecht die arglistige Zession an den Fiskus und den Kaiser verboten war, Paul. rec. sent. lib. V. tit. 12. §. 7, l. 22. §. 2. de jure fisci (49, 14), l. 2. C. ne fiscus vel respubl. (2, 18), so ist dies durch unsre l. 2. cit. auf die chikaneuse Zession an jeden Potentior ausgedehnt, und der Verlust der Forderung noch als besondre Strafe hinzugefügt worden, vgl. auch cap. 2. X. de alienat. jud. mut. (1, 42). — Wer als Potentior zu betrachten sei, ist in dem Gesetze nicht speziell bestimmt, und es ist dies daher dem Ermessen des Richters überlassen: der wesentlichste Gesichtspunkt ist dabei der Tendenz des Gesetzes nach augenscheinlich der, wenn Jemand durch Macht, Ansehen, bürgerliche Stellung einen solchen Einfluß auf den debitor cessus zu üben im Stande ist, daß es diesem peinlich und beschwerlich ist, ihn zum Gegner zu haben, und er deßhalb an der unbefangenen und standhaften Vertheidigung seiner Sache gehemmt ist, s. auch Mühlenbr. S. 378 fgg. — Daß nun im Falle einer solchen arglistigen Zession an einen Mächtigeren die Forderung für den Zedenten verloren sein soll, ist klar in der l. 2. cit. ausgesprochen; ob sie aber der Fiskus an sich nehme, oder ob der Schuldner liberirt werde, ist bestritten. Unter den Neueren hat besonders Mühlenbruch S. 377 fgg. das Erste behauptet, aber gegen die herrschende

Lehre, und gewiß auch mit Unrecht, da das Gesetz davon schweigt, und die einzig natürliche, und wenn nichts Andres bestimmt ist, sich immer von selbst verstehende Folge des Untergangs des Forderungsrechts die Befreiung des Schuldners ist, auch blose Analogieen nicht hinreichen können, eine jedenfalls singuläre Bestimmung in das Gesetz hinein zu tragen; vgl. auch arg. l. 3. fin. de litig. (44, 6) und Nov. 72. c. 5. (s. die folg. Nr. 2). Aber auch unter den Vertheidigern der richtigern Meinung herrscht wieder darüber Streit, ob der Schuldner ganz liberirt werde, oder ob doch nicht wenigstens eine naturalis obligatio zurückbleibe? Das Letztre ist z. B. wieder von *v. d. Pfordten*, de oblig. civ. in natural. transitu. Lips. 1843. p. 40. behauptet werden, mit Berufung auf die bekannte l. 19. pr. de cond. indeb. (12, 6): „Si poena causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet". Ich habe schon an einem andren Orte bei einer ähnlichen Streitfrage meine Ueberzeugung ausgesprochen, daß dieser Ausspruch des Pomponius wohl gewiß nur auf solche Fälle zu beziehen sei, wo die Klage in odium creditoris abgesprochen werde, vgl. Bd. I. §. 133. Anm. (S. 211), und es kann daher hier, wo der Gläubiger geradezu „*debiti* jactura" bestraft werden soll, keine Anwendung davon gemacht werden; s. auch *Molitor* l. c. — Wenn manche Neuere die heutige Anwendbarkeit des Zessions-Verbots an einen Mächtigeren in Abrede stellen, weil h. z. T. Alle vor dem Gesetze gleich seien, vgl. z. B. Seuffert §. 299. Not. 1. und bes. Sintenis S. 812 fg. Anm. 40: so ist schon dieser Grund gar nicht zutreffend, und wenn er es wäre, so würde man doch höchstens nur mit Arndts §. 258. Anm. 3. sagen können, daß jenes Verbot jetzt nicht mehr angemessen, aber keineswegs, daß es nicht mehr anwendbar sei.

2) Justinian verordnete, daß Forderungen gegen Bevormundete nicht an den Vormund derselben zedirt werden dürfen, Nov. 72. c. 5. Der Grund dieses Zessionsverbots ist augenscheinlich der, weil es ohnedies dem gewissenlosen Vormund leicht sein würde, durch Unterschlagung von Quittungen oder sonstigen zur Rechtsvertheidigung dienlichen Dokumenten unerlaubten Gewinn zu machen, und daraus erklärt sich auch die vom Kaiser vorgeschriebene Ausdehnung dieses Verbots auf eine erst nach geendeter Vormundschaft vorkommende Zession, wobei nur vorausgesetzt wird, daß die Schuld selbst schon früher entstanden ist. — Wenn nun aber doch eine solche Zession geschehen ist, so hat der Zedent allerdings sein Recht verloren, und der Pflegling soll nach der ausdrücklichen Bestimmung des Kaisers den Vortheil davon haben, so daß dadurch von selbst jedem Gedanken an ein etwaiges Recht des Fiskus vorgebeugt ist. Bestritten ist aber auch hier, ob dem Pfleglinge, wenn er im Irrthum gezahlt, eine

Rückforderung zustehe, oder ob er naturaliter obligirt bleibe? Mühlenbruch S. 393. und *v. d. Pfordten* l. c. nehmen auch hier wegen l. 19. de cond. ind. das Letztre an; aber auch in diesem Falle muß man sich dagegen erklären, da Justinian nicht etwa blos die Klage versagt, sondern sehr allgemein erklärt, es solle die Forderung in Folge der rechtswidrigen Zession zum Vortheil des Pfleglings vernichtet werden. — Oft beliebte Ausdehnungen dieser Vorschrift auf Administratoren des Fiskus oder andrer Gemeinheiten sind durchaus nicht zu rechtfertigen, da bei jura singularia keine Analogie Statt findet.

3) Hierher gehört auch die wunderliche, in der Praxis sehr häufig nicht mehr beachtete Vorschrift der Reichsgesetze, daß ein Jude seine Forderung gegen einen Christen nicht an einen andren Christen zediren dürfe, R. A. 1551. §. 79, R. P. O. 1577. Tit. 20. §. 4. Ist gegen dieses Verbot gehandelt, so soll die Forderung selbst verloren sein, und wenn auch hier Mühlenbruch S. 398. dieselbe dem Fiskus zuspricht, so muß hier gewiß wohl ebenso, wie oben bei Nr. 1. g. E. gesagt werden.

4) Endlich soll auch eine actio litigiosa nicht zedirt werden dürfen, und zwar fängt die Litigiosität im Augenblick der Litis-Kontestation an, vgl. oben Bd. I. S. 291. Ausnahmen dieses Verbots kommen vor bei Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, bei Vergleich, Erbtheilung und in Folge von Vermächtnissen, l. 4. C. de litig. (8, 34). Wenn Viele behaupten, daß von diesem Verbote h. z. T. keine Anwendung mehr zu machen sei, so wird diese, theoretisch jedenfalls verwerfliche Ansicht auch nicht einmal durch eine, nur irgend konstante Praxis unterstützt, vgl. bes. Spangenberg im ziv. Arch. IX, 4, vgl. auch Seuffert's Arch. Bd. V. Nr. 9. 10.

Anm. 3. Eben so wenig, wie die Theorie von den einzelnen Rechtsgeschäften, durch welche eine cessio *voluntaria* geschieht (z. B. Verkauf, Schenkung, Vergleich u. s. w.), in die Lehre von der Zession gehört, eben so wenig sind hier auch die Fälle näher zu entwickeln, in denen eine s. g. cessio *necessaria* Platz greift, in denen also vermöge gesetzlicher Vorschrift eine Zwangsverbindlichkeit zur Vornahme einer Zession begründet ist. Doch mag hier der Uebersicht wegen eine gedrängte Zusammenstellung der einzelnen hierher gehörigen Fälle erfolgen, wobei wir uns ganz an die sorgfältigen Ausführungen Mühlenbruch's §. 37. anschließen.

1) Wenn eine Forderung durch freie Mittelspersonen begründet ist, so kann der Geschäftsführer vermittelst der actio mandati oder negotiorum gestorum zur Zession der Klagen gezwungen werden, l. 8. §. ult., l. 10. §. 1, l. 27. §. 5. mandati (17, 1) u. s. w.

2) Im Falle eines legatum nominis ist der Erbe zur Klagen-

Zession verpflichtet, l. 44. §. 6, l. 75. §. 3, l. 76, l. 82. §. 5, l. 105. de legat. I.

3) Wer zur Leistung einer Sache verpflichtet ist, muß auch die, die Sache selbst betreffenden Forderungen abtreten, und so ist z. B. der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Diebs- oder Raubklage, oder die actio leg. Aquiliae u. s. w. zu übertragen, l. 1. pr.. l. 13. §. 12. de act. emt. vend. (19, 1), l. 14. pr. de furt. (47, 2). Eben so muß der Erbe dem Legatar die actio legis Aquiliae übertragen, wenn die legirte Sache vor der Erbschaftsantretung beschädigt wurde, l. 15. pr. ad leg. Aquil. (9, 2) u. dgl. Fälle mehr. Vgl. hierüber noch insbesondre Ihering, Abhandl. aus dem römischen Rechte S. 30 fgg.

4) Wer Jemanden zum Schadensersatz wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, kann die Abtretung der diese Sachen betreffenden Klagen verlangen, vgl. l. 6. §. 4. nautae caup. (4, 9), l. 3. §. 1. de tribut. act. (14, 4), l. 25. fin. locati (19, 2), l. 12. de re judic. (42, 1). l. 53. §. 3. de furt. (47, 2). In der Regel schließt hier selbst nicht einmal Dolus von Seiten des Verklagten den Anspruch auf Klagenabtretung aus, und so kann z. B. der Verführer eines Sklaven von demjenigen, den er deßhalb entschädigen mußte, die Zession der auf Wiedererlangung des Sklaven gerichteten Klage verlangen, l. 14. §. ult. de servo corr. (11, 3), und der Eigenthümer muß dem Depositar oder Kommodatar selbst dann die Klage zediren, „quamquam dolo adversarii res absit“, l. 12. de re judic. (42, 1). Doch muß diese Regel nach l. 69. de R. V. (6, 1) dahin beschränkt werden, daß dann, wenn der Verklagte sich arglistig des Besitzes entäußerte, um einem Rechtsstreite auszuweichen, eine Klagen-Abtretung nicht verlangt werden kann.

5) Wer nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlen muß, die gar nicht oder nur zum Theil als die seinige zu betrachten ist, kann von dem Gläubiger die Klagen-Abtretung verlangen, l. 47. locati (19. 2), l. 19. qui potior. in pign. (20, 4), l. 1. §. 13. 18. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 17. l. 41. §. 1. de fidej. (46, 1), l. 95. §. 10. de solut. (46, 3). Uebrigens muß in solchem Falle die Zession vor der Zahlung verlangt werden, weil ja durch die Zahlung die Klage vernichtet werden, und also kein Objekt für die Zession mehr vorhanden sein würde. Doch ist nicht die wirkliche Vornahme der Zession zu jener Zeit erforderlich, sondern es genügt die Erklärung, daß man die Zession verlange, da in diesem Falle „pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videtur“, l. 76. de solut. (46, 3), vgl. l. 36. de fidej. (46, 1).

6) Endlich muß auch derjenige, welcher überhaupt zur Ab-

tretung einer Forderung verpflichtet ist, alle dazu gehörigen Rechte zediren, und so muß z. B. mit einer Forderung auch das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen, l. 24. pr. de minorib. (4, 4), und eben so müssen auch alle zur Sicherheit der Hauptforderung Statt findenden accessorischen Rechte zedirt werden, l. 14. pr., l. 23. h. t. (18, 4).

b) Wirkungen der Zession. §. 575.

Anm. 1. Ob und welche Einreden der debitor cessus dem Zessionar aus der Person des Zedenten entgegensetzen kann, ist auch noch h. z. T. streitig. Hält man das in dem vorigen Sen entwickelte Wesen der Zession fest, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Regel nach alle Exzeptionen, die dem Zedenten selbst opponirt werden konnten, auch dem Zessionar entgegengesetzt werden dürfen, eben weil dieser ja nur eine fremde Forderung, die Forderung des Zedenten, geltend macht, weil er also dem debitor cessus gegenüber nur als Prokurator des Zedenten erscheint. Dieses Resultat wird um so zweifelloser, wenn man erwägt, daß doch der, welcher selbst keine Klage hat, auch keine zediren kann, und es nun bekanntlich dem Effekte nach einerlei ist, „ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur", l. 112. de R. J. Und endlich wird noch dieser Grundsatz durch die einfache Bemerkung unterstützt, daß es doch unmöglich dem Gläubiger gestattet sein kann, durch seine einseitige Handlung den Rechtszustand des Schuldners zu verschlimmern, was auf eine sehr fühlbare Weise geschehen würde, wenn derselbe Einreden gegen den Zessionar nicht vorschützen dürfte, die ihm gegen den Zedenten zur Seite ständen. — Doch muß man allerdings der Natur der Sache nach zwei Modifikationen dieses allgemeinen Grundsatzes anerkennen, indem es sich nämlich

1) von selbst versteht, daß solche Einreden, deren thatsächliche Grundlage erst nach der, dem debitor cessus geschehenen Denunziation zur Entstehung gekommen ist, dem Zessionar nicht schaden konnen; denn eben so, wie nach dieser Zeit der Schuldner sich nicht mehr durch Zahlung an den Zedenten liberiren kann, kann dieses auch nicht mehr durch eine anderweite Verhandlung mit demselben geschehen.

2) Eben so unzweifelhaft ist auch eine zweite Modifikation. Solche rein prozessualische Einreden nämlich, welche dem Zedenten dann, wenn er selbst den Prozeß geführt hätte, opponirt werden

dürften, können dem Zessionar nicht entgegengesetzt werden, wenn in seiner Person der Grund derselben wegfällt. Setzen wir, der Gläubiger ist ein Ausländer, der eben deßwegen bei einem Prozeß gegen den Schuldner zu besondrer Kautionsleistung verpflichtet wäre, so kann die daraus dem Schuldner erwachsende Einrede augenscheinlich nicht auch dem inländischen Zessionar entgegengesetzt werden; denn wenn dieser auch ein fremdes Recht geltend macht, so führt er doch den Prozeß in eignem Namen. —

Diese einfachen Sätze, die aus dem richtig verstandenen Wesen der Zession von selbst hervorgehen, haben denn auch von jeher von den Zeiten der Glosse an (vgl. gloss. ad l. 4. §. 28. de doli mali exc.) zahlreiche Vertheidiger gefunden, vgl. z. B. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 416. Not. 85. und bei Francke im ziv. Arch. XVI. S. 419 fgg. S. 425 fgg., und auch in unsren Tagen findet dieselbe immer mehr Anerkennung, vgl. bes. Francke a. a. O., Puchta S. 661 fgg., Unterh. I. S. 612, Fritz, Erl. zu Wening II. S. 224 fgg. Doch aber kommen noch immer abweichende Meinungen vor, und selbst Mühlenbruch ist in mehrfacher Beziehung andrer Ansicht. Die früherhin verbreiteten Irrthümer, wonach man unterscheiden wollte, ob der Zessionar mit einer actio mandata oder einer actio utilis auftrete, bedürfen nach unsren obigen Ausführungen keiner besondren Widerlegung mehr, und eben so wenig möchte h. z. T. die früher ebenfalls häufig vertheidigte, und nicht selten als herrschend angeführte Ansicht Vertheidiger finden, daß nämlich die, in unsren Quellen bei ganz andren Verhältnissen berührte und nirgends auf die Zession bezogene Eintheilung der Einreden in exceptiones rei cohaerentes und personales hierbei in Betracht komme, vgl. dagegen bes. Mühlenbr. S. 585 fgg. und Francke a. a. O. S. 426 fgg. H. z. T. handelt es sich vielmehr nur noch um einzelne Einreden, namentlich um die exceptio doli, pacti de non petendo in personam und die s. g. Einrede der Kompetenz. Was hier nun:

1) die exceptio doli anbelangt, so ist es insbesondre die l. 4. §. 27 sqq. de doli mali exc. (44, 4), welche zu der verbreiteten Meinung Veranlassung gegeben hat, daß dem Zessionar regelmäßig keine Einrede aus dem Dolus des Zedenten entgegengesetzt werden könne. Es ist dies aber sicher irrig, und schon die Glosse bemerkt mit Recht, daß in dieser Stelle gar nicht von Zession die Rede sei. Es wird vielmehr da die Frage besprochen: an de auctoris dolo exceptio emtori objiciatur? und man denke sich z. B. folgenden Fall: Primus überträgt an Sekundus eine Sache, und dieser versirt bei deren Erwerbung in dolo; Sekundus verkauft nachher diese Sache an den Tertius, und nun kommt dieselbe aus irgend einem Grunde

wieder in die Hände des Primus. Darf dieser Leztre dem vindizirenden Tertius die exceptio doli entgegensetzen, wie er sie dem Auktor desselben, dem Sekundus, unbezweifelt entgegensetzen konnte? Diese Frage wird nun verneint, und offenbar mit Recht, wenn man sich nur an den Grundsatz des römischen Rechts erinnert, daß durch Betrug des Erwerbers der Eigenthums-Uebergang nicht verhindert wird, sondern blos Obligations-Ansprüche gegen den Betrüger begründet werden. Da also der Betrüger Eigenthümer wird, so kann er auch Eigenthum übertragen, und der vollkommen begründeten vindicatio des neuen Eigenthümers kann auch nicht ein Obligations-Anspruch gegen den früheren Eigenthümer entgegengesetzt werden. Wie man nun aber aus dieser Entscheidung die Regel ableiten mochte, daß dem Zessionar exceptiones personales, oder doch wenigstens die exceptio doli aus der Person des Zedenten nicht entgegengesetzt werden dürften, ist schwer einzusehen, und man verkannte dabei offenbar den großen Unterschied zwischen Succession in ein dingliches Recht und Zession einer Forderung. Wenn der neue Eigenthümer klagt, so klagt er durchaus aus seinem Rechte, und es liegt in der Natur des dinglichen Rechts, daß obligatorische Verbindlichkeiten des früheren Eigenthümers das Recht des Successors nicht schmälern; der Zessionar klagt dagegen durchaus nur aus dem Rechte des Zedenten, er will nur dessen Forderung geltend machen, die also natürlich auch gerade so beschränkt bleiben muß, wie sie es bei dem Zedenten war. Vgl. Francke a. a. O. S. 430 fgg. Dies erkennt jetzt auch Mühlenbruch 3. Aufl. S. 594 fgg. an, und nimmt in Folge davon die noch in der 2. Aufl. S. 568 fgg. vorgetragene Lehre zurück, „daß nur dann dem Zessionar aus der Arglist des Zedenten eine Einrede entgegengesetzt werden könne, wenn sie mit dem Grunde des Forderungsrechts selbst in einem unmittelbaren Zusammenhange stehe, daß dagegen jeder sonstige dolus desselben die Forderung selbst nicht affizire, sondern immer nur ein besonderes Rechtsverhältniß zwischem dem arglistig Handelnden und demjenigen begründe, welcher dadurch einen Nachtheil erlitten habe". Und eben so nimmt Mühlenbruch jetzt auch die andre, noch in der 3. Aufl. der doctr. Pand. §. 500. not, 12. vertheidigte Meinung zurück, daß man unterscheiden müsse zwischen einem dolus gleich beim Eingange des Geschäfts, und einem „dolus postea in ea re a cedente admissus", und allerdings läßt sich auch für diese Distinktion weder ein innerer Grund einsehen, noch auch kann dafür die l. 4. §. 17. de doli mali exc. angeführt werden, indem da nur der sich von selbst verstehende Satz ausgesprochen ist, daß, wenn Jemand durch seinen Sklaven oder Haussohn eine Forderung erwirbt, dem Herrn oder Vater nur ein solcher dolus seines Sohnes oder Sklaven

schaden kann, „qui admissus est in ipso negotio", ein späterer aber nicht in Betracht komme, aus dem augenscheinlichen Grunde, weil ja sogleich nach dem Erwerbakte die obligatio vollständig dem Vater erworben ist, und also dem Sohne kein weiterer Einfluß darauf gestattet sein kann; wie kann daraus Etwas für das Verhältniß des Zessionars zum Zedenten gefolgert werden? Es ist also erfreulich, daß auch diese Meinung jetzt von Mühlenbr. verworfen wird, vgl. dessen Zession 3. Aufl. S. 593 fgg. Wenn aber derselbe jetzt noch lehrt, daß die exceptio doli in dem Falle nicht dem Zessionar entgegengesetzt werden könne, „wo sie mit dem klagbaren Rechtsverhältnisse durchaus in keiner Verbindung stehe" (3. Aufl. S. 593), so kann ich hierin keine wahre Ausnahme von unsrem Grundsatze anerkennen, weil nach meiner Ueberzeugung ein solcher dolus, welcher in gar keiner Verbindung mit dem klagbaren Rechtsverhältnisse steht, auch gegen den Zedenten selbst niemals eine exceptio doli begründen kann, und wenn Mühlenbr. in Not. 135 b. uns durch ein Beispiel eines Besseren belehren will, so übersieht er, daß in dem von ihm vorgetragenen Falle dem Schuldner offenbar nicht eine wahre exc. doli, sondern eine Kompensations-Einrede zur Seite steht, die sicherlich auch dem Zessionar gegenüber gebraucht werden darf; vgl. auch Fritz zu Wening II. S. 228.

2) Auch die exceptio pacti de non petendo *in personam* führt Mühlenbr. noch in der 2. Aufl. seiner Zession S. 571. und in der 3. Aufl. seiner doctr. Pand. §. 500. als eine Einrede an, die sich der Zessionar nicht gefallen zu lassen brauche, und auch Andre vertheidigen diese Meinung, vgl. z. B. Göschen, Vorl. §. 382. S. 37. a. E. u. A. m. Nach innern Gründen für diese, die Wortbrüchigkeit sanktionirende, Ansicht sucht man vergebens, und die Quellenzeugnisse, die Mühlenbr. dafür anführt, reden von ganz andren Verhältnissen. So wird in l. 28. §. 2. de pact. (2, 14) die Frage behandelt, ob der Sklave oder Haussohn rücksichtlich einer zu seinem Pekulium gehörigen Forderung die Klage des Vaters durch ein pactum de non petendo beschränken dürfe, und wenn ihm hierzu das Recht abgesprochen wird, so kann doch daraus gewiß nicht gefolgert werden, daß auch der Zessionar das giltig vom Zedenten abgeschlossene pactum de non petendo sich nicht gefallen zu lassen brauche. Und in der ferner von Mühlenbr. angeführten l. 57. §. 1. eod. wird nur der gewiß von Niemanden geleugnete Satz ausgesprochen, daß, wenn Jemand verspreche, er wolle bei seinen Lebzeiten den Schuldner nicht belangen, seine Erben sofort klagen dürfen; woraus doch sicher nicht geschlossen werden kann, daß auch beim Leben des Gläubigers dessen Zessionar klagen dürfe. Vgl. Francke a. a. O. S. 424 fgg. und jetzt auch Mühlenbr. 3. Aufl. S. 599.

3) Wenn die s. g. **Kompetenz-Einrede** sich auf ein besondres persönliches Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger gründet, und der Schuldner steht zwar mit dem Zedenten, aber nicht auch mit dem Zessionar in diesem Nexus, so nehmen Viele an, daß sie diesem nicht entgegengesetzt werden dürfe, und so hat z. B. nicht nur Mühlenbruch ganz konstant diese Meinung vertheidigt (vgl. die 3. Aufl. S. 591. Not.), sondern selbst solche Schriftsteller, die im Uebrigen der richtigen Ansicht folgen, sind in Betreff des benef. competentiae dieser Lehre beigetreten, wie z. B. Puchta S. 662, Vorles. zu §. 284. S. 125. Man führt dafür den Hauptgrund an, daß diese Einrede nicht gegen das Forderungsrecht selbst, sondern nur gegen die Exekution gerichtet sei, daß sie auch nicht früher, als bei der wirklichen Geltendmachung der Forderung entstehe, und daß man also auch nicht sagen könne, die rechtliche Lage des Schuldners werde durch diese Entscheidung verschlimmert, denn es werde ihm ja kein Recht, was er wirklich habe, entzogen. Ich halte dies für irrig. Mag man das s. g. benef. competentiae für eine Exekutions- oder für eine Kondemnations-Wohlthat, oder für Beides zugleich halten (vgl. darüber Bd. I. §. 174. Anm. 1. S. 326 fgg.), so ist doch jedenfalls soviel gewiß, daß daraus eine Einrede für den Schuldner hervorgeht, die nicht etwa rein prozessualisch ist, sondern die den Inhalt des Forderungsrechts selbst afficirt und das Recht des Gläubigers mindert, und die sich eben darum auch der Zessionar eben so gut, wie der Zedent gefallen lassen muß, um so mehr, da es doch wohl eben so sehr contra bonos mores anstößt, wenn z. B. der Sohn seinen dürftigen Vater durch einen Zessionar bis auf das Aeußerste ausklagen läßt, als wenn er dies unmittelbar selbst thäte. Vgl. auch Glück XVI. S. 421 fgg. und die dort Zitt., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 228 fgg., Sintenis S. 824, *Molitor* p. 479. Das freilich versteht sich von selbst, daß nach dem Tode des Zedenten dem Zessionar diese Einrede eben so wenig entgegengesetzt werden kann, wie den Erben des Gläubigers.

Anm. 2. Auch bei der bestrittenen Frage, inwiefern der Zessionar etwaige **Vorzugsrechte** (beneficia legis, privilegia) des Zedenten geltend zu machen berechtigt sei, führt der Begriff der Zession zu dem einfachen Resultate, daß derselbe der Regel nach die zedirte Forderung gerade so geltend machen kann, wie der Zedent selbst, und daß ihm also allerdings auch die etwaigen Privilegien des Letztren zu Gute kommen, vgl. auch l. 2. pr. h. t. (18, 4) („id inter ementem et vendentem agi, ut neque amplius, ***neque minus juris*** emtor habeat“), l. 6. eod. („nam beneficium venditoris prodest emtori“ sc. nominis), l. 8. C. eod. („ex emtione nominis — — — *exemplo creditorum* persecutio tribuitur“). Daß man früher auch

bei dieser Frage hat unterscheiden wollen, ob der Zessionar mandatis actionibus, oder ob er actione utili auftrete, kann uns nicht auffallen; aber es braucht kaum bemerkt zu werden, daß diese Distinktion auch hierbei gänzlich verwerflich ist, und eben so wenig reicht man mit der sehr häufig hierher bezogenen Unterscheidung zwischen privilegia causae und personae aus, denn daraus, daß die letztren nicht auf die Erben übergehen, folgt doch gewiß nicht, daß auch bei Lebzeiten des Privilegirten der Zessionar sie nicht gebrauchen dürfe. — Allerdings aber müssen doch unsrem obigen allgemeinen Grundsatze einige Modifikationen beigefügt werden. Es versteht sich nämlich

1) von selbst, daß alle solche Vorzugsrechte des Zedenten, welche mit der zedirten Forderung in gar keiner Verbindung stehen, sondern rein prozessualisch sind, von dem Zessionar nicht in Anspruch genommen werden dürfen. Hat also z. B. der Zedent das besondre Recht, auch den Verklagten vor sein Forum zu ziehen, oder hat er etwa ein privilegium de non appellando, oder ist er in Betreff der Kautionsleistungen privilegirt u. dgl. m., so bleibt alles dies dem Zessionar fremd, aus dem einfachen, schon oben S. 126. für eine andre Frage benutzten Argumente, weil der Zessionar, obwohl er ein fremdes Recht ausübt, doch den Prozeß in eignem Namen führt.

2) Außerdem ist aber auch bei denjenigen Privilegien, die der Person des Gläubigers, nicht dem Forderungsrechte selbst zustehen, darauf zu achten, ob und wieweit ein solches Privilegium schon mit der zedirten Forderung in Verbindung gekommen ist; denn nur dann, wenn dies schon geschehen, und nur soweit, als es geschehen, kann auch der Zessionar davon Gebrauch machen. Denn begreiflich geht niemals die Rechtswohlthat selbst über, weil, wie Paulus in l. 68. de R. J. sagt: „in omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat"; sondern immer kann der Zessionar nur das konkrete, durch das Benefizium für den Zedenten schon wirklich begründete Recht, in Anspruch nehmen. Nur dann also, wenn schon vor der Zession die Forderung in Folge der begünstigten Stellung des Gläubigers wirklich erweitert worden ist, und nur soweit dies schon geschehen ist, kann von einem Rechte des Zessionars die Rede sein. Zur Erläuterung und Bewahrheitung des Gesagten mögen zwei Beispiele dienen, die beide in den Pandekten erwähnt sind.

a) Der Fiskus hat bekanntlich das besondre Recht, daß er von seinem Schuldner selbst dann Zinsen fordern darf, wenn keine deßhalbige Verabredung getroffen ist. Zedirt nun der Fiskus eine solche Forderung, so geht zwar allerdings für die Zeit vor der Zession das Recht, jene Zinsen zu fordern, auch auf den Zessionar über, aber

der richtigen Ansicht nach nicht auch für die Folgezeit, eben, weil derselbe nicht das Privilegium selbst, sondern nur das in Folge davon in concreto begründete Recht in Anspruch nehmen kann. Das Gegentheil scheint freilich in l. 43. de usur. (22, 1) ausgesprochen zu sein:

„Herennius Modestinus respondit, *ejus temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit*, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse".

Der Fall dieses Gesetzes ist so aufzufassen. Der Fiskus succedirt in den Nachlaß Jemandes, und in demselben befindet sich namentlich auch eine unverzinsliche Forderung: später zedirt der Fiskus diese Forderung an einen Dritten, und da fragt es sich nun, ob auch der Zessionar für die nach der Succession des Fiskus abgelaufene Zeit Zinsen fordern dürfe? Diese Frage wird bejaht, aber gewiß dachte der Jurist dabei nicht auch an die spätere Zeit nach der geschehenen Zession, sondern nur an die Zwischenzeit von der Succession des Fiskus an bis zur Zession an den Dritten, und daß dieser Endpunkt nicht besonders hervorgehoben wird, mochte den doppelten Grund haben, theils weil der Jurist den bei Weitem gewöhnlichsten Fall vor Augen hatte, daß nämlich der Zessionar sogleich nach geschehener Zession mit seiner Klage auftritt, theils weil über die Frage, ob der Zessionar auch für die Zeit nach der Zession Zinsen fordern dürfe, gar keine Meinungs-Verschiedenheit Statt fand; vgl. bes. *Merill.*, Variant. ex Cujac. lib. III. c. 33. So aufgefaßt gibt die Stelle einen mit allgemeinen Grundsätzen völlig übereinstimmenden Sinn, und ich muß daher die von vielen und ausgezeichneten Kritikern (vgl. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 405. Not. 50. und bei Mühlenbruch S. 582. Not.) gebilligte Einschiebung eines *non* hinter petere, für willkürlich und überflüssig halten, obwohl allerdings die Basiliken dafür sind, vgl. Basil. lib. XXIII. tit. 3. fragm. 43:

„Si me solvente fisco debitum tuum, fiscus mihi cesserit nomen tuum, temporis post solutionem a me factam praeteriti usuras a te *non* petam, nisi eas stipulanti spoponderis";

doch ist gerade hier deren Auktorität um so geringer anzuschlagen, da sie augenscheinlich den eigentlichen Fall der l. 43. cit. nicht richtig aufgefaßt haben, vgl. auch den Scholiasten zu dieser Stelle, bei *Fabr.*, schol. z. tom. III. p. 452, bei *Heimb.*, schol. 1. tom. II. p. 717.

b) Es gibt mehrere Fälle, in denen ein privilegium exigendi an die Person des Gläubigers geknüpft ist, und da fragt sich nun, ob im Falle einer Zession auch der Zessionar Gebrauch

davon machen dürfe. Für einen Fall dieser Art enthält die l. 42. de adm. et per. tut. (26, 7) in der bestimmtesten Weise den Ausspruch, daß er dies nicht dürfe:

> *Papinian.* „Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit: in rem suam judicatus procurator datus, *privilegium pupilli non habebit*, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem".

Erwägt man, daß durch dieses Benefizium zunächst die Forderung selbst noch keine besondre Qualität erhält, sondern nur für den privilegirten Gläubiger die Möglichkeit entsteht, im Falle eines Konkurses eine bevorzugte Stelle einzunehmen, daß also zur Zeit der Zession noch kein in concreto wirklich begründetes Recht für den Zedenten aus jener Rechtswohlthat hervorgegangen ist, so wird die Entscheidung des Juristen in l. 42. cit. uns ganz konsequent erscheinen, vgl. auch Puchta S. 658. Gerade diese Stelle hat übrigens von jeher unsren Juristen viele Schwierigkeiten gemacht, und man hat in mannigfacher Weise sie mit den allgemeinen Prinzipien über Zession in Einklang zu bringen versucht. Abgesehen von der, gerade auf dieses Fragment besonders gestützten, Distinktion zwischen privilegia personae und causae — einer Unterscheidung, die auch einige Wahrheit enthält, weil bei privilegia causae der Zessionar immer und unbedenklich die Ausübung hat, bei privilegia personae aber die oben angedeutete Unterscheidung Noth thut —, abgesehen hievon, sage ich, hat noch besonders in unsren Tagen die Meinung Mühlenbruch's S. 566 fgg. vielfachen Anklang gefunden, wonach die Entscheidung der l. 42. cit. daraus erklärt werden soll, weil in dem hier entschiedenen Falle der Zedent gar kein Interesse daran hatte, ob der Zessionar das fragliche Benefizium ausübte oder nicht, so daß in Folge davon Mühlenbruch die Regel aufstellt, es gingen solche privilegia dann, aber auch nur dann auf den Zessionar über, wenn der Zedent dabei interessirt sei, vgl. auch Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 222 fgg., Unterh. I. S. 611. Aber abgesehen davon, daß dadurch ein ziemlich unjuristisches Element in unsre Frage eingemischt wird, so ist diese Auslegung auch schon darum nicht wohl zuläßig, weil der von Mühlenbruch hervorgehobene Gesichtspunkt in den Entscheidungsgründen Papinian's auch nicht entfernt angedeutet wird. —

Wenden wir uns schließlich noch einen Augenblick zu der Frage, ob der Zessionar seine eignen Privilegien auf die zedirte Forderung anzuwenden befugt sei? so kann die Beantwortung derselben nach allgemeinen Prinzipien keine wesentlichen Schwierigkeiten haben. Der Zessionar übt ein fremdes Recht aus, und daraus versteht

sich von selbst, daß dieses durch keinerlei in der Person des Zessionars begründetes Vorzugsrecht quantitativ oder qualitativ erweitert werden kann, daß dieser also kein den Inhalt oder Umfang der obligatio irgend affizirendes Benefizium dabei zur Anwendung bringen kann. Auf der andren Seite aber übt der Zessionar dieses fremde Recht in eignem Interesse und für sich selbst aus, und daraus rechtfertigt es sich, daß diejenigen Privilegien desselben, die ausschließlich bei der Geltendmachung, bei der Ausübung jenes fremden Rechts in Betracht kommen, ohne den Inhalt desselben zu berühren, allerdings in Anwendung gebracht werden dürfen. Dahin gehört z. B., wenn der Zessionar ein Minderjähriger ist, das beneficium in integrum restitutionis wegen solcher lädirender Vorkommnisse, die in die Zeit nach der Zession fallen, arg. l. 7. §. 2, l. 38. de minor. (4, 4), und dahin gehören auch alle rein prozessualischen Benefizien des Zessionars.

Daß man früher statt dieser einfachen, aus dem Wesen der Zession hervorgehenden Sätze die beliebten Distinktionen zwischen actiones mandatae und utiles, zwischen oneroser und lukrativer Zession auch bei unsrer Frage aufstellte, kann uns nicht Wunder nehmen; aber auffallen muß es allerdings, daß noch in unsren Tagen der Grundsatz vertheidigt werden konnte, daß überhaupt der Zessionar seine Privilegien in Anwendung zu bringen berechtigt sei. Dies lehrt z. B. Thibaut, Syst. §. 534, und in Braun's Erörtr. S. 99. rechtfertigt er es noch näher durch die Behauptung: es habe dies den „streng juristischen" Grund für sich, daß der Schuldner sich die Zession gefallen lassen müsse, und daß der Zessionar Nachfolger des Zedenten sei; wäre der Letztre ohne Zession in eine privilegirte Lage gekommen, so habe der Schuldner dagegen nichts einwenden können, und es müsse also auch dasselbe gelten, wenn ein privilegirter Zessionar an die Stelle des Zedenten trete. Es ist überflüssig, zu bemerken, daß diese ganze Argumentation auf einem offenbaren Verkennen des Wesens aller Zession beruht.

Aber auch unter den Vertheidigern der richtigeren Theorie ist die Ansicht vorherrschend, daß wenigstens für den Fiskus eine Ausnahme zu machen sei, indem dieser allerdings seine Privilegien auch auf zedirte Forderungen anzuwenden befugt sei. Man beruft sich dafür auf l. 6. de jure fisci (49, 14):

> *Ulpian.* „Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; *caeterum postcaquam successit, habebit privilegium suum*".

Es ist aber augenscheinlich, daß hier gar nicht von einer Zession, sondern von einer Universal-Succession des Fiskus die Rede

ist, und eben davon ist auch gewiß die l. 17. §. 6. de usur. (22, 1) zu verstehen:

Paul. „Si debitores, qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coeperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare“.

Von dem Einen kann aber kein Schluß auf das Andre gemacht werden, und wir müssen daher gewiß auch bei einer an den Fiskus geschehenen Zession die allgemeinen Grundsätze in Anwendung bringen, vgl. auch Puchta S. 660, Sintenis S. 823. Not. 91, *Molitor* p. 476..

Anm. 3. Ueber das Verhältniß des Zedenten zu dem Zessionar vgl. Mühlenbruch §. 63 fg. S. 621 fgg., Puchta Rechtsler. S. 652 fgg., Sintenis II. S. 818 fgg., *Molitor* III. p. 466 sqq. und besonders Schliemann die Haftung des Zedenten. Rostock 1848.

Anm. 4. Die in den Gesetzen nicht speziell entschiedene Frage: wie sich die Verhältnisse gestalten, wenn der Gläubiger, ehe die Denunziation an den debitor cessus geschehen ist, eine zweite Zession vorgenommen hat? beantwortet Mühlenbruch §. 48. S. 502. in voller Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen dahin, daß dem zweiten Zessionar ganz dieselben, aber auch nur dieselben Rechte zustehen, welche der Zedent selbst vor der Denunziation hat, vgl. auch Puchta Vorles. zu §. 283, Sintenis S. 821, *Molitor* p. 471. Die von Flach Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden Th. 3. (1853) S. 141 fgg. vertheidigte, und seiner Angabe nach in den Nassauischen Gerichten befolgte Meinung, „daß bei separaten Zessionen an mehrere Zessionare der debitor cessus unbedingt denjenigen als neuen Gläubiger anzusehen habe, welcher ihn zuerst auf glaubhafte Weise von seinem Zessionsrechte in Kenntniß setze“, hat m. E. weder Rechts- noch Billigkeits-Gründe für sich.

---

c) Beschränkung der Zession durch die s. g. lex Anastasiana. §. 576.

Anastas. l. 22. C. mandati vel contra (4, 35): Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque

legem jubemus, in posterum hujusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, *ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur*, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine atque tuitione accepit, nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicuti superius declaratam est, magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda, ut cessiones, tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem, sine quadam imminutione obtineant. — Ueber die ältere Literatur vgl. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 458. Not. 99, wozu aus unsren Tagen außer den zahlreichen Abhandlungen über die Beweislast bei der lex Anastasiana, die meistens auch weiter gehende Erörterungen über dieses Gesetz enthalten (s. darüber die Zitate in Anm. 2.), noch besonders hinzugekommen sind die Ausführungen von Mühlenbruch, Zession §. 53, und von Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 647 fgg.

Anm. 1. Ist gegen das Anastasische Gesetz gefehlt, so gereicht dies nach der herrschenden Lehre zum Vortheile des Schuldners, indem danach der Theil der Forderung, welchen der Zessionar nicht einklagen darf, ganz erlöschen soll; und namentlich ist man h. z. T. auch darin einverstanden, daß der Fiskus, an welchen manche Aeltere dachten, (vgl. *Carpzov*, resp. jur. lib. V. resp. 33. nr. 35 sqq., *Mevius* P. III. dec. 1.), keine Ansprüche auf jenen Rest zu machen habe, so daß selbst Mühlenbruch, der doch, wie wir oben sahen, in andren ähnlichen Fällen allerdings ein Recht des Fiskus anerkennt, hier die auch gewiß allein richtige verneinende Meinung vertheidigt.

Dagegen haben neuerlich Brackenhöft im ziv. Arch. XXIII. 6. und Herrmann im ziv. Arch. XXXI. S. 63 fgg., und zwar, wie es scheint, unabhängig von ihren Vorgängern, eine Ansicht aufgestellt, welche früher öfter vertheidigt (vgl. die Zitate bei Glück XVI. S. 467. Not. 12.), h. z. T. aber fast gänzlich ignorirt, und z. B. auch von Mühlenbruch nicht einmal erwähnt ist. Danach soll nämlich folgender Unterschied gemacht werden. Wenn durch ein einfaches unverdecktes Kaufgeschäft die Anastasische Verordnung übertreten sei, so solle der Rest der Forderung noch immer dem Zedenten verbleiben. Werde aber die Forderung zum Theil verkauft, zum Theil verschenkt, oder werde der wirklich vorgekommene Verkauf durch eine simulirte Schenkung verdeckt, so solle in diesen Fällen der Schuldner allerdings von dem Reste der Forderung ganz liberirt werden, derselbe mithin sowohl für den Zedenten, wie für den Zessionar verloren gehen. Von dem ersteren Falle spreche die lex Anastasii selbst, die l. 22. C. mandati, von dem zweiten dagegen, und nur von diesem zweiten spreche die Justinianische l. 23. eod. — Ich kann dieser Meinung nicht beitreten. Es ist zwar wahr, daß in der l. 22. cit. nirgends ausdrücklich gesagt ist, daß der Zedent sein Recht ganz verlieren soll, und eben so wahr ist es, daß die l. 23. cit. den Worten nach nur den Fall einer theilweisen oder simulirten Schenkung entscheidet, so daß man also nach rein grammatischer Interpretation allerdings wohl zu der Brackenhöft'schen Distinktion gelangen könnte, aber gewiß nicht nach Sinn und Geist beider Gesetze. Fassen wir zunächst die l. 22. cit. in's Auge. Es war öfter vorgekommen, daß gewinnsüchtige Leute — wohl hauptsächlich rabulistische Advokaten — zweifelhafte oder unsichere Forderungen für geringe Summen käuflich an sich brachten, und dann als Zessionare die angeblichen oder wirklichen Schuldner durch mancherlei Chikanen drangsalten. (Daß diese Auffassung des Motivs natürlicher und den Worten des Gesetzes angemessener ist, als die von Brackenhoft und Herrmann vertheidigte, scheint mir unzweifelhaft. Diese glauben nämlich, das Gesetz habe besonders für den Zedenten Vorsorge treffen wollen, und Fälle vor Augen gehabt, wo jene Aufkäufer durch lügenhafte Vorspiegelungen die Richtigkeit oder Sicherheit guter Forderungen dem Gläubiger verdächtigt hätten. Es ist dies nicht nur an sich gezwungen, sondern die Worte „hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere" dürften auch sehr schwer von solchen dem Gläubiger gemachten Vorspiegelungen verstanden werden.) Solchem Unwesen sollte nun dadurch gesteuert werden, daß Forderungen aus dem eigentlichen Handelsverkehr möglichst ganz entfernt würden, und zu diesem Zwecke wurde verordnet, daß der Zessionar niemals mehr einklagen dürfe, als er dem Zedenten gegeben habe; dadurch war jeder Reiz

für solche, den debitor cessus belästigende Aufkäufer weggefallen, denn wer mochte kaufen, wo keinerlei Gewinn zu machen, aber leicht möglicher Verlust zu befürchten war? Nun ist es aber doch gewiß das Natürlichste, daß ein, lediglich im Interesse des *debitor cessus* abgefaßtes Gesetz, im Kontraventionsfall auch gerade diesem Vortheile gewährt, und namentlich hat der Zedent keinerlei Ansprüche auf solchen Vortheil, da er ja durch eine freiwillige Handlung sein ganzes Recht aufgegeben hat. Daß nun aber diese Auffassung der l. 22. cit. nicht eine blos mögliche ist, sondern für das Justinianische Recht mit Nothwendigkeit angenommen werden muß, wird durch l. 23. C. eod. bewiesen. Dieses letztre Gesetz kündigt sich nämlich als einen Nachtrag zu der Anastasischen Verordnung an, („generaliter Anastasianae legi subvenientes sancimus"), und zwar als einen sich so sehr von selbst verstehenden Nachtrag, daß der Kaiser in §. 3. sagt, von Rechtswegen sollte dieses sein Gesetz auch rückwärts bis zur Zeit des Anastasischen Gesetzes hin angewendet werden, und er wolle nur davon abstehen, damit man ihm ja nicht den freilich ungerechten Vorwurf der Härte machen könne. In diesem Gesetze nun, in welchem wir hiernach unmöglich etwas wahrhaft Neues erwarten können, wird zuerst erzählt, daß Gläubiger mehrfach das Anastasische Gesetz dadurch zu umgehen versucht hätten, daß sie die Forderung zum Theile verkauft, zum Theile verschenkt hätten, und daran wird dann die Bestimmung angeknüpft, daß dergleichen Umgehung nicht ferner geduldet werden solle, sondern auch in solchem Falle der Zessionar nicht mehr einklagen dürfe, als er wirklich dem Zedenten gegeben:

> „ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit, sed omne, quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, *inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitores vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem*".

Nach dem Obigen läßt sich aber nicht zweifeln, daß hier der Kaiser für den Fall des mit Schenkung gemischten Kaufs gerade nur eben das eintreten lassen will, was nach der lex Anastasiana selbst im Falle eines reinen Kaufgeschäfts Platz greift, daß also nichts weiter verfügt ist, als daß die theilweise Schenkung als offenbar simulirt nicht beachtet, und also das ganze Geschäft als reiner Verkauf aufgefaßt werden soll. Und in der That wäre auch schwer einzusehen, wie eine verschiedene Behandlung jener beiden Fälle sich legislativ irgend rechtfertigen lassen sollte; denn wenn man wohl schon gesagt hat, daß dort im Falle des reinen Kaufgeschäfts der Zedent in bona

fide sei, während hier bei der theilweisen oder simulirten Schenkung er zu einer böslichen Umgehung des Gesetzes mitwirke, so ist dies, namentlich für den Fall der theilweisen Schenkung, so augenscheinlich unhaltbar, daß eine besondere Widerlegung überflüssig erscheint. —

Als Resultat ergibt sich uns also, daß stets, wenn das Anastasische Gesetz zur Anwendung kommt, sei es im Falle eines reinen Verkaufs, oder im Falle einer theilweisen oder simulirten Schenkung, der Zedent sowohl, wie der Zessionar ihre Ansprüche auf den Ueberschuß verlieren, und dieser dem Schuldner zu Gute kommt. Ob aber der Letzte nicht wenigstens naturaliter verhaftet bleibe? ist auch hier nicht unbestritten, und so wird z. B. diese Frage auch noch in unsren Tagen von *v. d. Pfordten*, de oblig. civ. in natur. transitu pag. 40. bejaht, aber gewiß mit Unrecht, denn der Kaiser spricht ja nicht etwa nur die Klage ab, sondern außerdem auch noch allen und jeden Gewinn; vgl. auch Mühlenbruch S. 550 a. E.

Anm. 2. Wie die Beweislast in Betreff der lex Anastasiana zu bestimmen sei, ist eine auch h. z. T. bestrittene und vielbesprochene Frage, vgl. unter den Neuern bes. *Spangenberg*, tr. quaestionem sistens: num leg. Anast. exceptio, quam vulgo nuncupant, vera sit exceptio, an potius ad negativ. lit. cont. referenda? Jen. 1805, Mühlenbruch Zess. S. 605 fgg., v. Bannwarth, über Beweislast und Beweisführung bei Anwendung der Anastas. Verordnung. Würzburg 1821, Burchardi im ziv. Arch. XVIII. 8, Brackenhöft ebendas. XXIII. 6, Roßhirt in sein. Zeitschr. II. S. 369 fgg. Die herrschende Lehre hat sich dafür entschieden, daß der Zessionar den Beweis übernehmen müsse, er habe wirklich so viel, als er einklage, an den Zedenten gezahlt, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XVI. S. 471. Not. 15 u. 16, und bei Burchardi a. a. O. Not. 2, wozu auch noch Puchta in Weiske's Rechtslex. II. S. 651, Unterh. I. S. 608. und Roßhirt in der angef. Abh. kommen; s. auch noch Sintenis S. 817 fg., Arndts Lehrb. §. 259, *Molitor* p. 491 sq., Seuffert's Archiv I. 29, V. 126. Doch hat es auch niemals an Vertheidigern der entgegengesetzten Lehre gefehlt, wonach der debitor cessus beweisen muß, daß und wie viel weniger der Zessionar an den Zedenten gezahlt habe, und unter den neuern Juristen sind dieser Meinung insbes. Weber, über die Verb. zur Beweisf. im Zivilproz. VI. §. 29. (in der Ausg. von Heffter S. 190 fgg.), Bethm.-Hollweg, Vers. über einzelne Theile der Theorie des Zivilproz. S. 357 fgg., Knappe, Vers. eines Entw. des Begriffs der Exzeptionen §. 43, und vorz. Burchardi a. a. O., welcher in sehr ausführlicher Entwicklung diese Ansicht näher zu begründen versucht hat. Endlich haben neuerlich Brackenhöft und Herrmann a. d. aa. OO. die

Meinung vertheidigt, daß die Beweislast verschieden sein müsse, je nachdem die Berufung auf das betreffende Gesetz als eine Bestreitung der Legitimation des Zessionars, oder als eine Behauptung der Tilgung der Forderung oder eines Theils derselben erscheine; das Erstere sei der Fall, wenn der Schuldner sich auf die lex Anastasii selbst berufe, und hier müsse der Zessionar beweisen; das Zweite komme aber dann vor, wenn der Schuldner die Justinianische l. 23. cit. für sich anführe, und in diesem Falle liege ihm der Beweis ob. Diese Theorie von Brackenhöft hängt unmittelbar mit der in der vorigen Anm. besprochenen eigenthümlichen Ansicht dieses Schriftstellers über das Verhältniß der Anastasischen und Justinianischen Verordnung zusammen, und bedarf daher hier keiner weiteren besondren Würdigung. Was aber die beiden andren Theorieen anbelangt, so muß es als vergeblicher Versuch erscheinen, die eine oder die andre a priori begründen zu wollen, da jede rechtlich möglich ist, und die Frage kann also nur die sein, was nach Wort und Geist der *l.* 22. und 23. *C. mandati* angenommen werden müsse? Die Vertheidiger der communis opinio sagen nun, in Folge jener Gesetze sei der Umstand, daß der Kläger so viel an den Zedenten gegeben habe, wie er jetzt von dem debitor cessus fordere, ein die Klage begründendes Faktum, und wenn der Beklagte dies in Abrede stelle, so erscheine dies als eine wahre litis contestatio negativa. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Lehre behaupten dagegen, auch nach Erlaß jener Gesetze sei eben so, wie vorher, die Klage schon durch das blose Faktum der Zession vollständig begründet, und der Umstand, daß der Kläger dem Zedenten weniger gegeben, als er jetzt von dem debitor cessus einfordere, sei nur eine, das Klagerecht theilweise hindernde und resp. aufhebende Thatsache, so daß der Beklagte, wenn er etwas dieser Art behaupte, eine wahre Einrede vorschütze. Ich nehme keinen Anstand, der herrschenden Lehre beizutreten, denn sowohl die l. 22. cit.:

„— — ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem — — *actiones exercere permittatur*“,

als die l. 23. eod.:

„— — et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit — — *aliquam contra debitores* — — *esse utrique eorum actionem*“,

sagen bestimmt genug, daß der Zessionar nur auf soviel eine Klage haben soll, wie er selbst dem Zedenten gegeben habe, was doch ohne Zwang nicht anders gedeutet werden kann, als daß die Zahlung der ganzen von ihm in Anspruch genommenen Summe zur Begründung seiner Klage gehört. Wir sind aber um so weniger berechtigt,

jenen Worten einen andren Sinn unterzulegen, weil dadurch wirklich in den bei Weitem meisten Fällen die ganze Anastasische Verordnung außer alle Anwendung gesetzt würde; denn sobald man dem debitor cessus den Beweis aufbürden will, wird derselbe augenscheinlich nur sehr selten auf jenes Gesetz provoziren können, weil er denselben, wenn nicht besonders glückliche Umstände zusammentreffen, nicht leicht anders, als durch die höchst mißliche Eidesdelation zu führen im Stande ist. Es konnte aber der Gesetzgeber auch um so leichter dem Zessionar den Beweis auflegen, als er für diesen auch nicht die mindesten ernstlichen Schwierigkeiten haben kann. Unbedenklich müssen nämlich auch die Zessions-Urkunde oder sonstige Atteste oder mündliche Erklärungen des Zedenten als völlig genügende Beweismittel anerkannt werden; und wenn doch Viele das Gegentheil behaupten, weil Privaturkunden nur gegen den Aussteller, nicht auch gegen Dritte beweisen könnten, oder, wie andre sagen, weil der Zedent als der Kollusion verdächtig angesehen werden müsse, so ist dies gewiß irrig. Eine Urkunde nämlich, worin der Aussteller eine von seinem freien Willen abhängige Disposition vornimmt oder beurkundet, ist nicht nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Privaturkunden zu beurtheilen, sondern beweis't nothwendig auch gegen Dritte; und wie z. B. dann, wenn der Gläubiger in Gegenwart des Schuldners seine Forderung für eine bestimmte Summe verkaufte, der debitor cessus sicherlich nicht noch andere Beweismittel verlangen könnte, eben so wenig kann er noch andere Beweise verlangen, wenn der Zessionar eine als echt anerkannte Urkunde produzirt, worin der Zedent bekennt, daß er seine Forderung für eine bestimmte Summe an den Zessionar verkaufe oder verkauft habe. Will sich der debitor cessus dabei nicht beruhigen, so muß er den Beweis einer vorhandenen Kollusion übernehmen, denn eine solche zu vermuthen, und also dem Kläger den Beweis des Nichtvorhandenseins derselben aufzulegen, gibt es keinen rechtlichen Grund. Vgl. auch Gensler im ziv. Arch. II. S. 4 fgg., v. Bannwarth a. a. O. S. 36 fgg., Mühlenbruch und Unterh. citt., Seuffert's Arch. I. 29.

So unzweifelhaft es mir hiernach erscheint, daß der Zessionar den Beweis übernehmen müsse, so hat man doch dagegen mehrfache nicht ganz unscheinbare Gründe vorgebracht, die am vollständigsten von Burchardi a. a. O. zusammen gestellt sind, und die hier noch in der Kürze angegeben werden sollen. Sehen wir nämlich von den angeblichen Billigkeits-Rücksichten ab, auf die Burchardi selbst kein großes Gewicht legt, und die sich überdies durch unsere vorhergehenden Bemerkungen über die Art und Weise der Beweisführung leicht beseitigen, so führt Burchardi

1) an, daß es der Folgen wegen in der Regel ganz unaus-

führbar sei, dem Zessionar die Beweislast aufzulegen; denn denke man sich, daß derselbe diesen Beweis versitze oder verfehle, so müsse man juristisch annehmen, derselbe habe nichts für die Zession gegeben; werde dies aber angenommen, so sei damit auch die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana ausgesprochen, indem diese ja bekanntlich bei schenkweiser Zession nicht Platz greife, und so müsse also trotz des versessenen oder versäumten Beweises der Beklagte dennoch das Ganze zahlen! — Wenn aber Burchardi bei dieser Argumentation von der Prämisse ausgeht, daß die Folge des versäumten oder verfehlten Beweises die Fiktion einer schenkweisen Zession sei, so ist dies gewiß unzulässig, indem nach bekannten Prozeßregeln die einfache Folge der Beweisfälligkeit stets der Verlust des Prozesses ist, ohne daß es dazu irgend der Vermittlung einer Fiktion bedürfte.

2) „Anastasius sehe offenbar den Ankauf von Forderungen unter dem Werthe als eine schlechte, durch schmutzige Gewinnsucht eingegebene Handlung an. Nun wäre es aber doch unerhört, wenn bei Zessionaren die Vermuthung für den Dolus streiten und ihr Erwerb der Forderung so lange für eine Betrügerei gelten sollte, bis sie erwiesen hätten, daß sie wirklich ehrlich zu Werke gegangen seien". Leicht ersichtlich liegt hier eine Verwechslung zwischen legislativer und richterlicher praesumtio doli zu Grunde. Allerdings ging der Gesetzgeber von dem Gedanken aus, daß das Auffaufen von Forderungen zu geringeren Preisen in der Regel aus niedriger Gewinnsucht hervorgehe, und eben um solcher Chikane möglichst vorzubeugen, verfügte er, daß kein Zessionar mehr einklagen dürfe, als er selbst dem Zedenten für die Forderung gegeben habe. Wenn nun in Folge dieser gesetzlichen Vorschrift der Zessionar den Beweis führen muß, daß er wirklich so viel gegeben, als er fordert, so geschieht dies nicht, weil auch in dem konkreten Falle vom Richter eine Chikane vermuthet würde, sondern blos und allein, weil jeder Kläger seine Klagfakta beweisen muß.

3) Burchardi beruft sich auch darauf, daß die lex Anastasiana offenbar ein Benefizium juris für den Schuldner begründe, und es eine bekannte Regel sei, daß Niemand auf eine Rechtswohlthat Anspruch machen könne, als wenn er die faktischen Voraussetzungen derselben erweise; und zu demselben Resultate gelange man auch noch durch die andre Betrachtung, daß durch die Anwendung der lex Anastasiana ein Theil der Forderung aufgehoben werde, und die Berufung auf dieses Gesetz also im Grunde als eine *exceptio solutionis* erscheine. — Nach der richtigeren Ansicht muß man dagegen so sagen: die lex Anastasiana bezweckt wesentlich nur, eine neue Voraussetzung für das Klagerecht des Zessionars zu begründen, und wenn in Folge davon auch der debitor cessus einen Vortheil

davon hat, und ein Theil der zedirten Forderung erlöscht, so sind dies eben nur sekundäre Folgen, die begreiflich auf die Beweislast keinen Einfluß äußern können.

4) Endlich legt Burchardi auch noch viel Gewicht auf die Unterscheidung zwischen dem von ihm s. g. materiellen und formellen Klagfundamente, mit welchen neuen Worten er den alten Gedanken ausdrücken will, daß der Kläger nur die eigentlich recht-erzeugenden Fakta (s. g. formelles Klagfundament), aber nicht auch das Nichtvorhandensein der recht-hindernden oder recht-vernichtenden Thatsachen (s. g. materielles Klagfundament) zu beweisen habe, indem vielmehr das Vorhandensein der letztren dem Beklagten zu Beweis gestellt werden muß. Wenn nun aber hierbei Burchardi behauptet, der Umstand, daß der Zessionar den vollen Betrag der von ihm in Anspruch genommenen Summe dem Zedenten gegeben haben müsse, gehöre nur zu dem materiellen, nicht auch zu dem formellen Klagfundamente, sondern das letztre werde durch das blose Faktum der Zession erschöpft, so ist dies eine Behauptung, deren Unwahrheit aus Wort und Geist der l. 22. und 23. C. mandati nachzuweisen oben versucht worden ist.

B) Uebernahme einer fremden Schuld durch Interzession.

a) Begriff und Arten. §. 577.

Anm. Eine Interzession ist dann vorhanden, wenn man eine fremde Schuld mittelst Verhandlung mit dem Gläubiger auf sich nimmt. Zwar ist dieser Begriff in unsren Quellen nirgends mit Bestimmtheit ausgesprochen, wie wir dort ja überhaupt auch nur selten eigentliche Definitionen antreffen; aber er läßt sich doch ohne Mühe aus den Quellen erweisen. Der einzige Grund, weßhalb die Aufstellung eines schärferen Gattungsbegriffs von Interzession als Bedürfniß erscheint, ist nämlich durch das bekannte SC. Vellejanum gegeben, indem dieses, abgesehen von einigen, auf besonderen Gründen beruhenden Ausnahmen, auf alle wahren Interzessionsfälle, aber auch nur auf diese, in Anwendung gebracht wurde, und so sind denn die Aussprüche der Quellen über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit dieses Senatsbeschlusses als eben so viele Zeugnisse über das Dasein oder Nichtdasein einer wahren Interzession aufzufassen, nur daß natürlich in der letztren Beziehung alle diejenigen Stellen ausgeschieden werden müssen,

in denen eigentliche Ausnahmen von der Regel jenes SC. angeführt werden. Soll sich hiernach unser obiger Begriff als richtig erproben, so müssen theils die Fälle, die nach den Gesetzen nicht in die Sphäre des SC. Vellejanum fallen, auch in jenem Begriffe nicht enthalten sein, theils sämmtliche Fälle, für welche jener Senatsbeschluß als anwendbar in den Gesetzen angeführt wird, auch unter jenen Begriff fallen. Dieses Beides wird sich von selbst aus dem Folgenden ergeben:

I. In Gemäßheit des oben aufgestellten Begriffs gehört es wesentlich zur Interzession, daß

1) der Interzedent eine Obligation auf sich nehme, daß er Schuldner werde. So ist es denn auch wirklich keine Interzession, und das SC. Vellej. bleibt außer Anwendung, wenn eine Frau Jemandes Schulden baar bezahlt, l. 4. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. 4. f. C. eod. (4, 29), oder, was natürlich gleich viel ist, ihre Sache an Zahlungs Statt hingibt, l. 5. eod., oder, wenn sie ihren Schuldner dem Gläubiger Jemandes delegirt — was auch alsbaldiger Zahlung gleich steht —, l. 8. §. 5. eod., oder wenn sie ein ihr zustehendes Pfandrecht aufgibt, l. 8. pr. eod., l. 11. 21. C. eod., aus welcher letztren Bestimmung aber keineswegs hervorgeht, daß auch das mit einem andern Gläubiger abgeschlossene s. g. pactum de postponendo (Verzicht auf die Priorität) nicht als Interzession angesehen werden könne, wie z. B. Gesterding Nachforsch. VII. S. 246 fgg. annimmt; vielmehr enthält dies allerdings eine wirkliche Interzession, wie namentlich auch aus l. 17. §. 1. eod. mit Sicherheit hervorgeht, s. Deurer im ziv. Arch. XXVIII. S. 413 fgg., Bachofen ausgew. Lehren S. 51 fg. — Aus diesen Gründen kann es denn auch begreiflich nicht als Interzession aufgefaßt werden, wenn eine Frau eine Sache verkauft, und den Käufer anweis't, den Kaufpreis an den Gläubiger Jemandes zu zahlen, l. 5. eod.:

„— — nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto SCto locum esse“,

und die scheinbar widerstreitende l. 32. §. 2. eod. muß doch wohl dadurch beseitigt werden, daß hier eine vorausgehende wirkliche Interzession supponirt wird, in welchem Falle natürlich die späteren Handlungen der Frau, welche die Effektuirung dieser Interzession bezwecken, eben so ungiltig sind, wie die Interzession selbst, s. auch l. 8. §. 3. eod., und vgl. Glück XIV. S. 460. Not. 73, dem die meisten Neueren beistimmen, s. z. B. *Windscheid*, de val. mul. interc. p. 6, Sintenis in Gießer Zeitschr. X. S. 51, Kattenhorn, über Interz. der Frauen S. 36. (Die Erklärung, welche jetzt Windscheid im ziv. Arch. XXXII. S. 291 fgg. vertheidigt, daß sich nämlich Gaius in l. 5. cit. die Frau als Zug um Zug ver-

kaufend, Pomponius in l. 32. cit. dagegen nur als eine obligatio aus dem Kaufe, eine actio emti, übernehmend gedacht habe, ist, abgesehen von andren Gründen, schon darum unzulässig, weil gerade in l. 32. cit. ausdrücklich die alsbaldige Erfüllung des Kaufvertrags von Seiten der Frau, die alsbald erfolgende Tradition, vorausgesetzt wird).

2) Der Interzedent muß eine fremde Verbindlichkeit auf sich nehmen; es muß also stets ein Andrer der eigentliche Schuldner sein, und der Interzedent dann entweder an dessen Statt treten, oder sich doch zur Sicherheit des Gläubigers neben demselben verpflichten. Daß in solcher Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit das eigentlich Charakteristische der Interzession besteht, wird öfter in den Quellen hervorgehoben, vgl. z. B. l. 2. §. 5. ad SC. Vellej. [„— — procul dubio intercedit, suscipit enim in se alienam obligationem"], l. 8. §. 1. eod. [„non putat eam intercessisse, nullam enim obligationem alienam recepisse"], l. 15, l. 17. pr. eod. u. a. m., und so ist es z. B. keine Interzession, wenn Jemand das Risiko einer Unternehmung auf sich nimmt, l. 8. §. 1, l. 19. §. 1. eod., l. 6. pr. C. eod. (4, 29). Wenn dagegen in l. 6. §. 1. eod. eine Interzession doch dann angenommen wird, wenn eine Frau einen Vormund, welcher sich zu erkusiren beabsichtigt, dadurch zur Annahme der Vormundschaft bestimmt, daß sie ihm Schadloshaltung verspricht, so bezieht sich dies offenbar nur auf den Fall, wenn der Vormund fürchtet, das Vermögen des Mündels sei so gering, daß er später wegen seiner mit der actio tutelae contraria geltend zu machenden Forderungen keine Befriedigung erlangen werde, und da in solchem Falle die Frau wirklich eine fremde Schuld, nämlich die künftige des Mündels übernimmt, so ist derselbe gar sehr von den in l. 8. §. 1. D., und l. 6. pr. C. eod. behandelten Fällen verschieden.

3) Endlich ist aber auch erforderlich, daß der Interzedent die fremde Obligation durch ein Geschäft mit dem Gläubiger auf sich nehme, und so ist es begreiflich keine Interzession, wenn Jemand durch Erbschaftsantritt, vgl. l. 32. pr. ad SC. Vellej., oder durch Erbschaftskauf fremde Schulden auf sich nimmt, l. 13. pr., l. 19. §. 3. eod., oder wenn man Jemanden verspricht, seine Schulden bezahlen zu wollen, vgl. l. 19. pr. eod., wo der Fall entschieden wird, wenn Jemand sich scheut, wegen gefürchteter Erbschaftsschulden die angebotene Erbschaft anzunehmen, sich aber durch ein Indemnitäts-Versprechen von Seiten einer Frau doch zum Antritt bestimmen läßt, und es wird hier die Anwendbarkeit des SC. Vellejanum in Abrede gestellt, „*quando vix est, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit*". Wäre dagegen der Delat darum schwankend gewesen, weil er an der Güte der Erbschafts-Forderungen

wegen vermutheter Insolvenz der Schuldner zweifelte, und eine Frau verspräche ihm, so viel zu zahlen, als er von diesen Schuldnern nicht erlangen könnte, so wäre dieses allerdings eine wahre Interzession, indem hier ja wirklich durch ein mit dem Gläubiger abgeschlossenes Geschäft für eine fremde Verbindlichkeit einzustehen versprochen wird, l. 19. §. 4. eod. Wenn Manche anderer Meinung sind, indem sie die Worte der l. 19. cit.: „prope est, ut sit intercessio" als eine Negirung der Interzession auffassen, vgl. z. B. Kattenhorn, Interz. der Frauen §. 16. S. 50 fgg., so ist dies gewiß nicht zu billigen. —

Dies sind die Merkmale, die nach meiner Ueberzeugung als wesentlich für den Begriff der Interzession angesehen werden müssen. Wenn man dagegen öfter diesen Begriff noch weiter einschränkt, und namentlich auch dazu fordert, daß der Interzedent bei der Uebernahme der fremden Verbindlichkeit nicht in eignem Interesse, sondern im Interesse des Schuldners oder Gläubigers handeln müsse, so läßt sich dieser Behauptung schwerlich beistimmen, indem in solchen Fällen zwar wohl aus nahe liegenden Gründen das SC. Vellejanum ausgeschlossen ist, vgl. l. 3, l. 13. pr., l. 17. §. 2, l. 19. §. 3, l. 22, l. 25. §. 1, l. 27. §. 2. ad SC. Vellej., aber dennoch eine wahre Interzession angenommen werden muß. —

Vgl. überhaupt Sintenis in Gießer Zeitschr. X. 2, *Windscheid*, de valida mulierum intercessione, Bon. 1838. p. 5 sqq., Kattenhorn, über Interzessionen der Frauen. Gießen 1840. S. 33 fgg., Kritz, Pand.-R. Th. I. Bd. I. S. 244 fgg., Deurer im ziv. Arch. XXVIII. S. 407 fgg., Liebe in Weiske's Rechtslex. V. S. 507 fgg., *Molitor* cit. III. p. 352 sqq.

II. Stellen wir nun die Fälle zusammen, in denen eine Interzession wirklich Statt findet, so ist die gewöhnliche Eintheilung in privative und kumulative Interzession recht wohl zu billigen, indem die erste dann Platz greift, wenn der Interzedent statt des eigentlichen Schuldners die fremde Schuld übernimmt, die zweite aber dann, wenn der Interzedent neben den eigentlichen Schuldner tritt. Als privative Interzession kommt aber vor:

1) Die Expromission, worunter wir überhaupt verstehen, wenn eine schon vorhandene Verbindlichkeit mit Ausschluß des bisherigen Schuldners von einem Andren übernommen wird, und wohin der Sache nach auch der Fall gehört, wenn Jemand ein Kompromiß für einen Andern eingeht, l. 32. §. 2. de recept. (4, 8), oder in einem Rechtsstreite als Defensor eines Andren auftritt, „suscipit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condemnationem", l. 2. §. ult. ad SC. Vellej., cf. l. 10. §. 1. de in rem verso (15, 3), l. 23. de solut. (46, 3). —

Diese Expromission ist eine Unterart der **Novation**, und dort muß auch näher von derselben geredet werden.

2) Die **Intervention**, wenn Jemand eine Verbindlichkeit auf sich nimmt, die zwar noch nicht in der Person eines Anderen begründet ist, aber ohne das Dazwischentreten des Interzedenten begründet sein würde, l. 8. §. 14. ad SC. Vellej.:

„Si, quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, intercessisse videtur",

vgl. l. 2. §. 1, l. 11. 12, l. 29. pr. eod., l. 4, l. 19. C. eod. —

Bei der **kumulativen** Interzession ist aber wieder der doppelte Fall zu unterscheiden, wenn der Interzedent so neben den ursprünglichen Schuldner tritt, daß der Gläubiger Jeden von Beiden als seinen prinzipalen Schuldner angreifen kann, oder wenn er dies so thut, daß der Gläubiger nur blos in subsidium den Interzedenten belangen kann. In den Fällen der ersten Art kann man von einer prinzipalen, in den Fällen der andren Art aber von einer accessorischen oder subsidiären Interzession sprechen.

1) Eine kumulative **prinzipale** Interzession ist dann vorhanden, wenn der Interzedent als *correus debendi* einer fremden Verbindlichkeit hinzutritt (vgl. oben §. 573.), und außerdem, wenigstens nach der richtigeren Ansicht in vielen Fällen des *constitutum debiti alieni* (§. 579).

2) Eine kumulative **accessorische** Interzession kommt aber vor bei der **Bürgschaft** (§. 578.), dem s. g. *mandatum qualificatum* (§. 580.), in manchen Fällen des *constitutum debiti alieni* (§. 579.), und bei der **Verpfändung** von Sachen für fremde Forderungen. —

---

b) Insbesondre.

aa) Fidejussio. §. 578.

Inst. III. 20. [21] de fidejussoribus, Dig. XLVI. 1, Cod. VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. Vgl. Gai. III. §. 115 sqq. — *Lauterbach*, de fidejussorib., in diss. acad. tom. II. nr. 82, *Quinet*, de fidejussorib. sec. jus Rom. Lov. 1825, **Kritz**, Pand.-R. Th. I. Bd. I. S. 115 fgg., **Unterh.** II. S. 801 fgg., **Koch** III. S. 848 fgg., **Liebe** in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 512 fgg., **Girtanner** die Bürgschaft nach gem. Zivilrechte. Jena 1851.

Anm. 1. Aus dem Grundsatze, daß die Obligation des Bürgen eine streng accessorische ist, und ausschließlich die Sicherstellung des Gläubigers zum Zweck haben darf, gehen insbesondere folgende zwei Konsequenzen hervor:

1) Die Bürgschaft kann sich niemals auf ein von der prinzipalen Verbindlichkeit verschiedenes Objekt beziehen, widrigen Falls sie nichtig ist, l. 42. h. t.:

Javolen. „Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, *quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest*".

(Wenn hier der Jurist fortfährt „quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est", so hat man daraus schon, und nicht ohne Schein, schließen wollen, daß wenn der prinzipale Schuldner etwas Andres als Geld schulde, die Bürgschafts-Stipulation doch auf Geld gerichtet werden dürfe; vgl. aber dagegen die feine Bemerkung von *Averan.*, interpr. lib. II. c. 4. §. 13). Eine interessante Anwendung dieses Satzes kommt in dem Falle vor, wenn der Hauptschuldner nur einen Gegenstand simpliciter schuldet, der Bürge aber alternativ diesen oder einen andern zu leisten verspricht. Durch eine solche alternative Obligirung kann die Lage des Bürgen bald schlechter bald besser werden, als die des Hauptschuldners, und so ist namentlich das Erstere dann der Fall, wenn das Objekt der prinzipalen Obligation dem kasuellen Untergange ausgesetzt ist, und der Bürge dazu noch alternativ etwas Andres verspricht, denn hier ist eine durior causa des Bürgen wegen der geringern Hoffnung auf Liberirung vorhanden; besser aber wird die Lage des Bürgen, wenn der Gegenstand der prinzipalen Schuld gar nicht untergehen kann, wie z. B. eine Geldleistung, denn hier entsteht durch die alternative Obligirung keinerlei Nachtheil für den Bürgen, wohl aber erwächst ihm der bedeutende Vortheil des Wahlrechts. Mag nun aber dadurch die Lage des Bürgen sich verbessern oder verschlimmern, so ist doch immer eine solche Verbürgung null und nichtig, weil in der alternativen Obligirung des Bürgen ein Objekt enthalten ist, welches der simplex obligatio des Hauptschuldners gänzlich fremd ist, also ein ganz andres, ein davon ganz verschiedenes Objekt, l. 8. §. 8. h. t. — Eine andre, subtile Anwendung unsres Satzes kommt in dem Falle vor, wenn der Hauptschuldner alternativ zwei Objekte nach seiner Wahl schuldet, und der Bürge auf dieselben beiden Objekte alternativ nach seiner, des Bürgen, Wahl obligirt wird, denn auch hier soll die Verbürgung ungiltig sein, „quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset", l. 38. pr.

h. t. Hätte dagegen bei der prinzipalen alternativen Obligation der Gläubiger die Wahl gehabt, so kann dieselbe völlig giltig dem Bürgen überlassen werden, l. 8. §. 10. h. t., weil es hier ja immer der Gläubiger in seiner Gewalt hat, gerade das von dem Schuldner zu begehren, was der Bürge wählen wird, und man also hier nicht sagen kann, daß die Objekte der prinzipalen und der accessorischen Obligation von einander verschieden seien. Vgl. überhaupt und insbes. *Averan.*, interpr. lib. II. c. 4.

2) Der Bürge kann zwar wohl *in leviorem*, nie aber *in duriorem causam* angenommen werden, l. 8. §. 7. h. t.:

„Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt“.

Gai. III. 126:

„In eo jure quoque juris par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur, at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt — —, nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quam in principali re“.

(Aus einer Vergleichung dieser beiden Stellen verschwindet auch der falsche, durch l. 8. §. 7. cit. leicht hervorgerufene Schein, als wenn unsre Regel für alle Interzessionen gelte, während sie doch in der That nur für die Bürgschaft in vollem Umfange wahr ist.) Die vorzüglichsten Anwendungen dieses Satzes sind aber folgende. Eine Bürgschaft ist unzuläßig, wenn der Bürge sich auf Mehr verpflichtet, als der Hauptschuldner, — wenn der Bürgschafts-Verbindlichkeit ein Zahlungsort beigefügt ist, welcher bei der prinzipalen Obligation nicht vorkommt —, wenn im Falle alternativer Obligation, bei welcher der Hauptschuldner die Wahl hat, in Betreff des Bürgen sich der Gläubiger die Wahl vorbehält, — wenn statt der obligatio simplex des Hauptschuldners der Bürge sich alternativ verpflichtet, vorausgesetzt, daß dadurch die Hoffnung auf Liberirung geringer wird (s. das vorher bei nr. 1. Bemerkte), — wenn Tagbestimmungen oder Bedingungen, welche bei der prinzipalen Obligation vorkommen, bei der Bürgschafts-Verbindlichkeit weggelassen werden. — Dagegen ist Bürgschaft völlig zuläßig, wenn der Bürge sich auf Weniger verpflichtet, — wenn ein der Hauptobligation beigefügter Zahlungsort bei der Bürgschafts-Verbindlichkeit weggelassen wird, — wenn bei alternativen Obligationen die dem Gläubiger zustehende Wahl auf den Bürgen übertragen wird, — wenn statt der alternativen Obligation des Hauptschuldners für den Bürgen eine simplex obligatio angenommen

wird, — wenn der Hauptschuldner mehrere Objekte kopulativ zu leisten hat, und bei dem Bürgen nur eine alternative Verbindlichkeit entsteht, — wenn für eine unbedingte oder unbetagte Schuld der Bürge sich unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmang verpflichtet, — wenn zu der Bedingung der Hauptschuld noch eine andre in der Art zugefügt wird, daß nur nach dem Eintritt beider Bedingungen der Bürge verpflichtet sein soll. Vgl. überhaupt §. 5. J. h. t., l. 8. §. 7—12, l. 16. §. 1. 2, l. 34. h. t., *Averan.*, interpr. lib. II, c. 3. nr. 4, Glück XIII. S. 400 fgg., Kritz, Pand.-R. I. 1. S. 141 fgg., Girtanner a. a. O. S. 31 fgg. In manchen Fällen wird es erst später entschieden, ob der Bürge in duriorem causam angenommen ist, oder nicht. Dies kommt namentlich vor, wenn zu der, der Hauptschuld beigefügten Bedingung bei der obligatio fidejussoria noch eine andre alternativ beigefügt wird; geht hier die communis conditio zuerst in Erfüllung, so ist keine durior causa des Bürgen begründet, was sich im umgekehrten Falle anders verhält, l. 70. pr. h. t. Eben so kommt dies vor, wenn eine andre Bedingung der Hauptschuld, und eine andre der Bürgschafts-Verbindlichkeit zugefügt wird; tritt nämlich zuerst die der Hauptschuld beigefügte Bedingung ein, so erscheint die Lage des Bürgen sogar als eine bessere, während im umgekehrten Falle allerdings die causa des Bürgen eine durior ist, l. 70. §. 1. h. t. Endlich ist dies auch dann der Fall, wenn für eine unter einem dies certus kontrahirte Schuld der Bürge sich unter einer Bedingung verpflichtet; denn tritt dieselbe ante diem ein, so ist eine durior causa fidejussoris vorhanden, während er im andren Falle besser gestellt wird, als der Hauptschuldner, l. 16. §. 5. h. t. — Ist nun aber doch gegen die hier aufgestellte und in einer Reihe von Anwendungen erläuterte Regel gefehlt, und ein Bürge in duriorem causam zugezogen, so herrscht über die Folgen hiervon Streit, vgl. die Literatur bei *Schult. et Smallenb.* ad l. 8. §. 7. h. t. (Not. ad Dig. tom. VII. p. 69 sqq.), bei Glück XIII. S. 402 fgg. Not. 28, und bei Girtanner a. a. O. S. 172 fgg. Während nämlich Viele annehmen, daß eine solche Bürgschaft nur insoweit ungiltig sei, als sie den Belauf der Hauptschuld übersteige, daß also nur die durior causa dem Bürgen abgenommen, derselbe aber im Uebrigen verpflichtet bleibe, behaupten dagegen Andre, daß vielmehr die ganze Bürgschaft ungiltig sein müsse, und diese letztre Ansicht ist auch gewiß allein aus unsren Quellen zu rechtfertigen. In der oben abgedruckten l. 8. §. 7. h. t. heißt es ja ausdrücklich, daß Bürgen in solchen Fällen „*omnino non*" obligirt sein sollten, was doch gewiß nur die Auslegung zuläßt, daß sie ganz und gar nicht verpflichtet werden sollten, so wie wenn gar keine Interzession vorgekommen wäre; und selbst, wenn man mit

Alciat., Parerg. lib. V. c. 17. und Haloander die ganz willkürliche, und sicher nur auf Konjektur beruhende Lesart „*non omnino* obligari“ annehmen dürfte, so würde sich doch kein andres Resultat ergeben, denn auch diese Worte könnten schon aus rein sprachlichen Gründen eben so wenig, wie der in den Basiliken XXVI. 1. 8. gebrauchte Ausdruck: „οὐδὲ ὅλως“, als gleichbedeutend mit: non in solidum oder: non in totum angesehen werden. Dazu kommen aber noch sämmtliche oben angeführten Gesetze, wo es immer von dem fidejussor in duriorem causam adhibitus ganz allgemein heißt: non obligabitur u. dgl., und ganz besonders beweisend ist l. 8. §. 8. h. t., wo für den da entschiedenen Fall dasselbe Resultat „fidejussorem non obligari“ aus zwei verschiedenen Gründen angenommen wird, nämlich einmal, weil der Bürge *in duriorem* conditionem acceptus est, und dann, weil er in *aliam* obligationem acceptus sei; daß aber in einem Falle der letztren Art die Bürgschafts-Verbindlichkeit ganz nichtig ist, ist noch von Niemanden bezweifelt worden, und nothwendig dasselbe muß also auch für Fälle der ersteren Art angenommen werden. — Fragt man nun aber nach den Gründen der gegnerischen Meinung, die so bestimmte Gesetze gegen sich hat, so wird man insbesondre nur auf die angebliche Härte und Unbilligkeit der hier vertheidigten Theorie, und auf den Satz: utile per inutile non vitiatur, verwiesen, Argumente, die schon an sich gegen bestimmte Gesetze nichts entscheiden können, die aber überdies vollständig alle Kraft verlieren, wenn man erwägt, daß eine solche durior causa eines Bürgen dem Grundwesen der fidejussio, als einer die blose Sicherheit des Gläubigers bezweckenden accessorischen Obligation, direkt widerspricht, und darum die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts völlig in der Ordnung ist. Wenn sich aber die Gegner auch noch auf Gesetze berufen, so muß man wohl zu ihrer Ehre glauben, daß sie es damit nicht ernstlich gemeint haben. In der für jene Meinung angeführten l. 11. §. 1. de const. pec. (13. 5) ist nämlich nicht von Bürgschaft, sondern von dem Konstitutum die Rede, wobei allerdings andre Grundsätze gelten, eben weil dasselbe ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Geschäft ist (s. §. 579). Die ferner zitirte l. 1. §. 4. de V. O. (45, 1) spricht nur den, unsre Frage auch nicht entfernt berührenden Satz aus, daß wenn bei einer Stipulation die Antwort auf eine größere Summe, als die Frage gehe, der Promissor für die kleinere Summe verhaftet werde, und in der l. 33. mandati (17, 1) endlich ist auch gar nicht von dem Falle, wenn sich Jemand auf Mehr, als die Hauptschuld beträgt, sondern nur davon die Rede, wenn er sich auf Mehr, als ihm von dem Hauptschuldner aufgetragen war, verbürgt hat, wo ihm dann die actio mandati contraria bis zum Belauf der aufgetragenen Summe

zugestanden wird. Wie aus diesen Gesetzen etwas für unsere Frage unmittelbar oder mittelbar gefolgert werden könne, ist nicht wohl zu begreifen, und wir müssen es demnach als einen völlig zweifellosen Satz des römischen Rechts ansehen, daß die Bürgschaft null und nichtig ist, wenn der Bürge, gegen den wesentlichen Zweck des Geschäfts, zu härtern Bedingungen verpflichtet werden soll; vgl. auch außer den schon oben angeff. Glück und Kritz auch noch z. B. Göschen §. 563, Puchta §. 404, Arndts §. 350, Sintenis II. S. 835. Anm. 43, Liebe a. a. O. S. 515, *Molitor* cit. p. 361 sqq. u. A. m. Doch vertheidigen selbst noch manche neuere Juristen die entgegengesetzte Lehre, s. z. B. Schweppe Handb. III. §. 509, Wening Lehrb. §. 353.

Wenn Manche die heutige Anwendbarkeit der hier dargestellten Grundsätze darum in Abrede stellen, weil dieselben nur aus der bei den Römern für die fidejussio wesentlichen Stipulationsform hervorgegangen seien, z. B. Sintenis cit. und Girtanner S. 376 fgg. vgl. mit S. 29 fgg.: so halte ich diesen Grund für irrig, weil nach meinem Dafürhalten jene Sätze vielmehr konsequente Folgerungen aus dem materiellen Begriffe der Fidejussio sind. Dennoch aber muß man wohl im Resultate jener Meinung beistimmen. Bei dem *constitutum debiti alieni* gelten nämlich jene Sätze nicht (s. d. folg. §en), und da nun seit dem Wegfallen der Stipulationsform keine äußeren Unterscheidungs-Merkmale zwischen fidejussio und constitutum mehr vorkommen, ein Bürgschafts-Vertrag also seiner äußeren Erscheinung nach eben so gut ein constitutum wie eine fidejussio sein kann, und da es nach bekannten Auslegungsregeln „commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat", l. 12. de reb. dub. (34, 5): so kann es wohl keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß ein Bürgschafts-Vertrag, wobei sich der Bürge zu etwas Anderem, oder zu etwas Härterem verpflichtet, nicht als fidejussio, sondern als constitutum debiti alieni aufgefaßt werden muß, vgl. auch Liebe a. a. O. S. 515, und damit stimmen natürlich auch alle diejenigen überein, welche in unsrem heutigen Rechte überhaupt nur einen Bürgschafts-Vertrag, ohne alle Unterscheidung zwischen fidejussio und constitutum annehmen wollen, z. B. Puchta §. 404, Arndts §. 353; s. auch Girtanner S. 373 fgg.

Anm. 2. Bei der Frage: welche Befreiungs-Gründe aus der Person des Hauptschuldners auch dem Bürgen zu Statten kommen? entscheiden folgende wesentlichen Grundsätze:

I. Da der Hauptschuldner und der Fidejussor in dem Verhältniß von correi debendi zu einander stehen, so versteht es sich ganz von selbst, daß alle Erlöschungsgründe der obligatio in der Person des

Hauptschuldners, wodurch der objektive Bestand derselben aufgehoben wird (Zahlung, Novation, Acceptilation u. s. w.), auch den Bürgen befreien müssen, s. oben §. 537. Anm. 5. S. 97 fgg., vgl. auch l. 43. de solut. (46, 3), l. 28. §. 1. de jurejur. (12, 2), l. 5. pr. de liber. leg. (34, 3), l. 60. h. t., l. 4. C. h. t. Auch der von dem Debitor nicht verschuldete Untergang der res debita muß hiernach unzweifelhaft, wie den Schuldner, so auch den Bürgen befreien, und nur der Fall könnte Bedenken erregen, wenn dieser Untergang durch die Schuld des Bürgen selbst herbeigeführt wurde. Auch hier ließ sich nämlich allerdings nach strenger Konsequenz sagen, daß auch durch solchen Untergang unzweifelhaft die obligatio des Hauptschuldners erloschen sei, und folgeweise auch der Bürge nicht mehr obligirt sein könne, und wirklich war dies die Ansicht mancher römischer Juristen, wie aus der Relation Papinian's in l. 19. de dolo malo (4, 3) hervorgeht:

„Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere, Neratius, Priscus et Julianus responderunt, *quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*".

Doch brach sich schon ziemlich früh eine billigere Meinung Bahn, wornach in solchen Fällen der Gläubiger nicht auf eine actio de dolo beschränkt sein soll, sondern ihm auch im Falle bloser culpa des Bürgen eine utilis actio ex stipulatu eingeräumt wird, l. 38. §. 4. de solut. (46, 3), l. 32. §. 5. de usur. (22, 1), l. 49. pr. de V. O. (45. 1), und die spätere Jurisprudenz scheint selbst eine *directa* actio ex stip. zugelassen zu haben, l. 88, l. 91. §. 4. de V. O., l. 95. §. 1. de solut. Vgl. Ribbentrop Korrealoblig. S. 32, Savigny Syst. V. S. 615, Girtanner Bürgsch. S. 83 fg. S. 500 fg., Bekker die proz. Konsumtion S. 203 fg.

II. Die accessorische Natur der Bürgschaft und die dadurch begründete Abhängigkeit der Bürgschafts-Verbindlichkeit von der obligatio des Hauptschuldners bringen es mit sich, daß dem Fidejussor auch solche Befreiungs-Gründe des Hauptschuldners zu Gute kommen, welche für den correus debendi ganz wirkungslos sein würden. Daraus folgt nämlich:

1) Wenn die obligatio des Hauptschuldners in irgend einer Weise *ipso jure* erlöscht, so erlöscht immer auch die Verbindlichkeit des Bürgen, wie z. B. im Falle einer confusio; während ein correus debendi dadurch nicht befreit wird (s. oben S. 103), wird der Fidejussor ipso jure liberirt, l. 21. §. 3, l. 71. h. t.

2) Für die fidejussio gilt die wichtige Regel, daß der Bürge sämmtliche Exzeptionen vorschützen darf, welche auch der Hauptschuldner hätte gebrauchen können, und zwar selbst wider den Willen

des Letztren, §. 14. J. de replic. (4, 14), l. 19. de except. (44, 1) l. 15. pr., l. 32, l. 49. pr. h. t. Wenn es übrigens in l. 19. de exc. cit. heißt:

„*Omnes* exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt",

so ist dies nicht ganz richtig, und vorsichtiger drückt sich daher Justinian in §. 4. J. cit. aus:

„Exceptiones, quibus debitor defenditur, *plerumque* accomodari solent etiam fidejussoribus ejus".

In manchen Fällen kann sich nämlich der Bürge der Einreden des Schuldners nicht bedienen:

a) Zunächst muß unterschieden werden zwischen den exceptiones rei und personae cohaerentes. Die erstren stehen auch dem Bürgen zur Seite, l. 7. §. 1. de except.; die letztren aber kommen ihm nicht zu Gute, und so kann er also z. B. nicht die s. g. exceptio competentiae oder pacti de non petendo in personam aus der Person des Hauptschuldners vorschützen, l. 7. pr. de except., l. 21. §. ult., l. 22. de pactis (2, 14), l. 24. pr., l. 41. pr. fin. de re judic. (42, 1).

b) Wenn die Exzeption noch eine naturalis obligatio übrig läßt (z. B. exc. SCt. Macedoniani), so kann der Fidejussor dieselbe nur dann mit Erfolg gebrauchen, wenn ihm eine Regreßklage gegen den Hauptschuldner zusteht, l. 9. §. 3. de SC. Maced. (14, 6), vgl. auch l. 60. de fidej., und dasselbe gilt auch für die exceptio pacti de non petendo in rem, l. 32. de pactis (2, 14), l. 5. pr. de liber. leg. (34, 3). Die vielfach aufgestellte Lehre, daß der Bürge, welcher sich animo donandi verbürgt, also auf die Regreßklage verzichtet hat, von allen Einreden ex persona debitoris ausgeschlossen sei, ist weder in der Natur der Sache begründet, noch kann sie aus den Gesetzen abgeleitet werden, vgl. vielmehr l. 16. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1):

„Julianus recte putat, fidejussori exceptionem dandam, *etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet*, quia totam obligationem senatus improbat."

Zwar scheint die Argumentation in §. 4. J. de replic.:

„Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fidejussoribus ejus, *et recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est iis, quod ii pro eo solverint*"

jene Lehre zu unterstützen, denn wenn die Exzeptionen wirklich deßhalb dem Fidejussor zustehen, weil er eine Regreßklage hat, so müssen ihm dieselben allerdings dann abgesprochen werden, wenn er auf diese Regreßklage verzichtet hat. Dieser Schluß wäre aber doch

nur dann begründet, wenn bewiesen wäre, daß der von Justinian hier angegebene Grund, weßhalb die Exceptionen des Schuldners auch dem Fidejussor zustehen, auch wirklich der einzige wäre, und dieser Beweis dürfte m. E. schwerlich zu erbringen sein.

c) Der wesentliche Zweck der Bürgschaft ist es, den Gläubiger gegen die Insolvenz des Schuldners sicher zu stellen, und es versteht sich also ganz von selbst, daß diejenigen Einreden, welche gerade aus dieser Insolvenz hervorgehen, von dem Bürgen nicht vorgeschützt werden dürfen, wie z. B. die Einrede aus einer *cessio bonorum*, vgl. §. 4. J. de replic.:

> „Sane quaedam exceptiones non solent his accomodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem: *nisi bonis cesserit*. Sed haec exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi,"

und eben so die Einrede aus einem erzwungenen Nachlaßvertrag (sofern nicht etwa der Kreditor selbst in den Nachlaß eingewilligt hat), l. 58. §. 1. mandati (17, 1). Aus ganz gleichen Gründen bleibt der Bürge auch dann verhaftet, wenn der Schuldner darum nicht mehr angegriffen werden kann, weil er ohne Erben verstorben ist, l. 1. §. 14. fin. depos. (16, 3), l. 95. §. 1. fin. de solut. (46, 3), oder weil er eine capitis deminutio magna erlitten hat, l. 5. pr. qui satisd. cog. (2, 8), l. 1. C. h. t.

d) Ob und inwiefern aus einer in integrum restitutio des Hauptschuldners für den Bürgen eine wirksame exceptio hervorgehe, ist schon früher angedeutet worden, vgl. oben Bd. I. §. 179. Anm. und §. 183. Anm. 1., womit jetzt auch noch Girtanner Bürgschaft S. 521 fgg. zu vergleichen ist. —

Hat übrigens der Fidejussor einmal ein jus exceptionis erworben, so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß ihm dieses durch eine einseitige Disposition des Hauptschuldners auch nicht wieder entzogen werden kann, und wenn also z. B. zuerst ein pactum de non petendo in rem abgeschlossen war, und dann später der Schuldner ein contrarium pactum de petendo eingeht, so bleibt die einmal begründet gewesene exceptio pacti für den Fidejussor vollkommen wirksam, obgleich der Hauptschuldner selbst durch eine justa replicatio zurückgewiesen werden kann, l. 62. de pact. (2, 14):

> *Furius Anthianus.* „Si reus, postquam pactus sit a se non peti pecuniam, ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse, pactus sit, ut a se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est. *Sed verius est, semel*

acquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse".

Die scheinbar widerstreitende l. 27. §. 2. eod.:

Paulus. „Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur. *Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit.*"

ist, wie schon die Griechen bemerken (schol. 10. ad Basil. XI. 1. 27. bei Heimb. I. p. 602. und schol. 1. u. 2. ad Bas. XI. 1. 61. bei Heimb. I. p. 640), von dem Falle zu verstehen, wenn der Fidejussor selbst ein nachfolgendes pactum de petendo abgeschlossen oder doch in ein solches Paktum des Schuldners eingewilligt hat, oder vielleicht auch von einem Falle, wenn der Fidejussor erst nach dem zweiten Paktum angenommen ist, s. auch die Glosse ad h. l. und vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 27. cit. (tom. I. p. 352 sq.). Ganz a. M. ist freilich Girtanner a. a. O. S. 520 fg. Indem er von der Prämisse ausgeht, daß dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners vermöge fingirter Zession zuständen (?), der Bürge aber immer erst, wenn er wirklich von dem Gläubiger belangt werde, das Recht habe, die Uebertragung zu verlangen (??), gelangt er zu dem weiteren Satze, daß der Bürge solche Einreden nur dann vorschützen könne, wenn auch der Hauptschuldner selbst sie noch jetzt habe, und dies sei die konsequente Entscheidung des Paulus in l. 27. §. 2. cit., womit die l. 62. cit. wohl so zu vereinigen sei, daß hierbei angenommen werden müsse, das spätere pactum de petendo sei erst abgeschlossen, nachdem bereits die Klage gegen den Bürgen angestellt, und dessen exceptio in die formula gesetzt worden sei! — Eine Anwendung unsres Grundsatzes ist auch z. B. in dem Falle zu machen, wenn sich Jemand für die Dahrlehnsschuld eines filiusfamilias verbürgt, und dieser später nach erlangter Selbstständigkeit das Darlehn ratihabirt; denn es darf nicht bezweifelt werden, daß der Bürge fortwährend die exc. SCti Maced. vorzuschützen berechtigt ist, obwohl der Hauptschuldner selbst sich derselben nicht mehr bedienen kann; vgl. auch Elvers im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. II. S. 444 fgg., und s. Seuffert's Arch. II. Nr. 185. —

Ausführliche Untersuchungen über die in dieser Anm. behandelte Frage finden sich bei Girtanner Bürgschaft S. 40 fgg. S. 73 fgg. S. 384 fg. S. 476 fgg., und er gelangt dabei zu sehr abweichenden Resultaten, die mir aber nach den obigen Erörterungen einer speziellen Widerlegung nicht bedürftig scheinen. Girtanner stellt im Wesentlichen folgende Sätze auf: Was zunächst die Erlöschungs-

gründe der obligatio in der Person des Hauptschuldners anbelangt, so seien nur diejenigen, durch welche auch ein Korrealschuldner befreit werde, auch für den Fidejussor wirksam, während die übrigen keinen Einfluß auf die obligatio des Bürgen äußerten, da diese nur in Betreff der Entstehung, aber nicht auch in Betreff der Fortdauer in einem accessorischen Verhältniß zu der obligatio des Hauptschuldners stehe. Und was die Einreden aus der Person des Hauptschuldners betreffe, so könne der Bürge zwar allerdings alle diejenigen vorschützen, die schon zur Zeit des abgeschlossenen Bürgschafts-Vertrags begründet gewesen seien, vorausgesetzt, daß dadurch wirklich die ganze obligatio zerstört werde; alle übrigen aber habe der Bürge nicht als Bürge, sondern lediglich nur darum, weil ihm eine Regreßklage gegen den Hauptschuldner zustehe, also auch nur dann, wenn eine solche Klage wirklich für ihn begründet sei. —

Anm. 3 Ueber die Rechtswohlthaten des Bürgen vgl. Girtanner a. a. O. S. 94 fgg. S. 199 fgg. S. 423 fgg. Ueber das s. g. benef. *divisionis* s. auch noch *Rückert* principia jur. Rom. de except. quam vocant divisionis. Gott. 1852, *Grotefend* de except. divis. Gott. 1852, *Dedekind* de except. divis. disquisitiones. Gott. 1853, und über das s. g. benef. *excussionis* vgl. Leop. Pfeiffer die prozessual. Natur der Einrede der Vorausklage. Tüb. 1846.

Anm. 4. Wenn der Gläubiger es durch seine eigne Nachlässigkeit verschuldet hat, daß er von dem prinzipalen Schuldner keine Befriedigung mehr erlangen kann, wenn also z. B. während seines unveranlaßten Zauderns derselbe insolvent geworden ist, oder wenn er durch sein Verschulden von der Konkursmasse desselben präkludirt wurde u. dgl., so entsteht die Frage, ob er sich deßungeachtet noch gegen den Bürgen wenden, und von diesem Befriedigung verlangen könne? Dieselbe ist von jeher streitig gewesen (vgl. über die ältere Literatur *Car. Ern. Thibaut*, de fidejussore ob creditoris in exigendo negligentiam liberato. Heidelb. 1829. p. 10 sqq.), und auch noch h. z. T. sind die Ansichten verschieden, denn während z. B. *Thibaut* cit. eine Befreiung des Bürgen vertheidigt, haben Bothmer in Gans Zeitschr. für Zivil- und Kriminalrechtspfl. im Königr. Hannover Bd. I. H. 1. S. 15 fgg., und Jäger in Gießer Zeitschr. V. S. 231 fgg. sich für das Gegentheil ausgesprochen, s. auch Puchta Lehrb. §. 405. Not. q. u. r. Soviel ist unbestreitbar, daß nach Pandektenrecht der Bürge aus solcher Nachlässigkeit des Gläubigers keine Einrede entnehmen kann, denn da dieser ja ganz frei wählen durfte, welchen von Beiden, den Schuldner oder Bürgen er angreifen wollte, so fällt hier sogar der Begriff der Verschuldung gänzlich hinweg, denn der Gläubiger konnte jedem Vorwurfe schon durch die einfache Erwiderung begegnen, daß er sogleich von Anfang an Willens gewesen sei,

ausschließlich den Bürgen anzugreifen, und er sich darum begreiflich um den Hauptschuldner gar nicht bekümmert habe. Dieses Resultat geht denn auch mit möglichster Bestimmtheit aus l. 62. h. t. hervor:

> *Scaevola.* „Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? *Respondit, non posse*".

Anders aber verhält sich die Sache im Falle der fidejussio *indemnitatis*, d. h. wenn der Bürge sich nur bedingungsweise für dasjenige obligirte, was der Gläubiger von dem prinzipalen Schuldner nicht erlangen würde; denn im Wesen dieser Verbürgungsart liegt es augenscheinlich, daß der Bürge nur den wirklichen Schaden ersetzen soll, den der Gläubiger bei Gelegenheit des konkreten Rechtsverhältnisses leiden würde; der Nachtheil aber, den Jemand durch eigne Verschuldung sich zugezogen, ist kein wahrer Schaden im rechtlichen Sinne des Worts. Ganz so entscheidet denn auch die l. 41. pr. h. t.:

> *Modestinus.* „Si fidejussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore, quam ab heredibus ejus solidum servari potuit, et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit, *non temere utilem in fidejussores actionem competere*".

So nach Pandektenrecht. Durch die Einführung des s. g. benef. excussionis in Nov. 4. c. 1. hat sich dies jedoch wesentlich geändert, indem man danach mit vollstem Rechte sagen kann, daß jetzt im Wesentlichen jede Bürgschaft zu einer fidejussio indemnitatis geworden ist, und der Bürge überhaupt nur noch für den wahren Schaden des Gläubigers einzustehen hat, so daß jetzt das als allgemeine Regel angesehen werden muß, was die l. 41. cit. blos für jene besondre Art der Bürgen bestimmt; vgl. Nov. 4. c. 1. verb.:

> „— — si vero non valuerit [ἰσχύσοι] a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fidejussorem — — veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat".

Der Gesichtspunkt, den die Gegner dieser Ansicht besonders auffassen, daß der Gläubiger ja doch dem Bürgen gegenüber zu keinerlei diligentia verpflichtet sei, und der Bürge ihm also auch keine culpa vorwerfen könne, ist sicher nicht der richtige; sondern nach der treffenden Bemerkung Thibaut's l. c. p. 23. hängt hier vielmehr Alles von der einfachen Frage ab, ob die, nach Nov. 4. sich bei jeder Verbürgung von selbst verstehende Bedingung, wonach der Bürge nur dann obligirt ist, wenn der Gläubiger von dem Schuldner nichts zu erlangen im Stande war, auch dann als erfüllt angesehen werden könne, wenn durch die eigne Schuld des Gläubigers er außer Stand

gesetzt ist, von dem Debitor etwas zu bekommen? und dieses muß nach Wort und Geist der Nov. 4. c. 1, namentlich wenn wir damit die l. 41. cit. in Verbindung bringen, gewiß in Abrede gestellt werden. Vgl. auch Sintenis S. 838. Not. 60, Arndts Lehrb. §. 357. Anm. 2, Girtanner Bürgsch. S. 483 fgg., u. s. Seuffert's Arch. VI. Nr. 41. VII. Nr. 34.

Aus diesen Sätzen ergibt sich auch leicht die Antwort auf eine nah verwandte, nicht minder bestrittene Frage, ob nämlich dann, wenn sich Jemand für eine, an einem festgesetzten Termine zu zahlende Schuld verbürgt, und der Gläubiger später diesen Termin ohne Zuthun des Bürgen hinausgerückt hat, der Bürge noch fernerhin als obligirt angesehen werden könne? vgl. über die Literatur dieser streitigen Frage *Vinnius*, sel. quaest. lib. II. c. 42. und *Meister*, de fidej. ad tempus et pro negot. cui temp. adject. est. Gött. 1820. Meines Erachtens muß man hier einfach so sagen: Die Thatsache, daß der Gläubiger den Zahlungs-Termin weiter hinausgerückt hat, ist an und für sich ohne allen Einfluß auf die Bürgschafts-Verbindlichkeit, und die nicht selten aufgestellte Behauptung, daß schon die blose einseitige prorogatio termini ein Befreiungsgrund für den Bürgen sei, entbehrt eines jeden Rechtsgrunds. Wenn aber die Umstände so sind, daß der Schuldner zwar wohl zur Zeit des anfänglich festgesetzten Zahlungs-Termins noch zahlungsfähig war, man aber seinen Vermögens-Verfall voraussehen konnte, so daß eine weitere Fristgestattung nicht als eine unverfängliche Milde, sondern als schuldvoller Leichtsinn erscheint, und also die prorogatio termini als eine wahre negligentia in exigendo betrachtet werden muß, dann sind ja alle Prämissen für unsren oben vertheidigten Grundsatz vorhanden, und der Bürge kann sich demnach mit Recht gegen die Angriffe des Gläubigers schützen. Vgl. auch Seuffert's Arch. Bd. VII. Nr. 33 u. 177.

---

bb) Constitutum debiti alieni. §. 579.

Dig. XIII. 5. de pecunia constitua, Cod. IV. 18. de constituta pecunia. — *Koch*, de constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine. Kil. 1777, Glück XIII. S. 398 fgg., Zimmern, über Interzession durch Mandat und Konstitutum; in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. Nr. 10. (S. 255 fgg.), Kritz, Pand. R. Th. I. Bd. 1. S. 153 fgg., Unterh. II. S. 838 fgg., Girtanner Bürgschaft S. 47 fgg. 105 fgg. 163 fgg. 373 fgg.

Anm. Wenn auch das constitutum debiti alieni wegen seiner Eigenschaft als Interzession in mehrfachen wesentlichen Beziehungen von der Theorie des constitutum debiti proprii abweicht, und der fidejussio sich annähert, wie namentlich darin, daß Frauen in der Regel nicht daran gebunden sind (§. 581), und daß mehrere Konstituenten eben so, wie mehrere Bürgen, auf die Rechtswohlthat der Theilung Anspruch haben, l. 3. C. h. t., so treten doch auf der andren Seite zwischen diesen beiden Spezies der kumulativen Interzession auch große Verschiedenheiten hervor, die ihren wesentlichen Grund darin haben, daß bei der Bürgschaft der ausschließliche Zweck Sicherstellung des Gläubigers, und die obligatio des Bürgen mit der des Hauptschuldners identisch ist, so daß eine Art von Korreal-Obligation hier angenommen werden muß, während das Konstitutum dazu dienlich ist, dem Gläubiger auch anderweite Vortheile, außer der blosen Sicherheit, zu verschaffen, und die obligatio des Konstituenten eine andre ist, als die des Hauptschuldners, so daß hier vielmehr eine Art von blos solidarischer Verbindlichkeit Platz greift. Daraus ergeben sich im Einzelnen folgende hauptsächliche Verschiedenheiten:

1) Der Konstituent kann einen ganz andren Gegenstand versprechen, als der Hauptschuldner, l. 1. §. 5. h. t., und eben so können auch andre, selbst beschwerlichere Nebenbestimmungen dem Konstitutum zugefügt werden. So kann z. E. ein dem Gläubiger bequemerer Zahlungs-Ort bedungen werden, l. 5. pr. h. t., so kann der der prinzipalen Schuld zugefügte dies certus bei dem Konstitutum ganz weggelassen oder näher herangerückt werden, l. 3. §. 2, l. 4. h. t., und eben so kann statt der alternativen Obligation des Hauptschuldners der Konstituent eine simplex obligatio übernehmen, und umgekehrt, vgl. l. 25. pr. h. t. Die der prinzipalen Obligation zugefügte Bedingung kann freilich aus begreiflichen Gründen für das Konstitutum nicht mit Wirksamkeit erlassen werden, sondern wenn in solchem Falle unbedingt konstituirt wurde, so hängt Alles davon ab, wie sich die Bedingung der Hauptschuld entscheidet; geht dieselbe in Erfüllung, so wird jetzt auch das Konstitutum giltig, während, wenn sie defizirt, auch das Konstitutum wegfällt, weil dieses immer eine wirklich existirende obligatio voraussetzt, l. 19. pr. h. t.

2) Auf Mehr, als die Hauptverbindlichkeit kann freilich auch die Verbindlichkeit des Konstituenten nicht bedungen werden; aber, wenn dies doch einmal der Fall ist, so ist nicht das ganze Konstitutum nichtig, sondern der Konstituent ist doch, ganz anders wie der Fidejussor, bis zu der entsprechenden Summe verpflichtet, l. 1. §. 8, l. 11. §. 1, l. 12. h. t.

3) Aus dem bisher Bemerkten geht von selbst hervor, daß die Zulassung der exceptio *excussionis* mit dem eigentlichen Wesen des

constitutum schlechthin unverträglich ist, indem dadurch die anderweiten Vortheile, die der Gläubiger bei Eingehung des Konstitutum beabsichtigte, nothwendig vereitelt werden müßten. Doch aber läßt Justinian in Nov. 4. c. 1. wirklich diese Einrede zu, denn die dort wiederholt vorkommenden Ausdrücke „ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών“ dürfen unmöglich mit der Vulgata durch „sponsor“ und „qui sponsioni se subjecerit“ übersetzt werden, sondern beziehen sich durchaus nur auf das constitutum, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XIII. S. 405 fgg., und Zimmern a. a. O. S. 276. Wenn Manche, z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 811, dies zwar anerkennen, aber doch die Statthaftigkeit der Exkussions-Einrede abläugnen, weil es bei uns nur auf die Vulgata, nicht auf den griechischen Text ankomme, so ist dieses Argument nicht nur an sich unwahr, sondern auch nicht einmal zutreffend; denn aus einer Vergleichung unsrer Stelle mit Nov. 115. c. 6, und mit Nov. 136. praef. und c. 1. geht mit Evidenz hervor, daß im Sinne der Vulgata die freilich unpassend gewählten Ausdrücke „sponsor“ und „qui sponsioni se subjecerit“ eben nichts anderes, als den Konstituenten bezeichnen sollen, und dieselben also im Munde des Uebersetzers mit constituens oder constitutae pecuniae reus völlig synonym sind, Zimmern a. a. O. Mir scheint, um aus Justinian's Gesetz eine arge Absurdität zu beseitigen, keine andre Aushilfe möglich, als dasselbe nicht auf jedes constitutum zu beziehen, sondern nur auf solche Fälle desselben, in denen wirklich einmal die Verbindlichkeit des Konstituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Konstitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat; und auf diese einschränkende Interpretation deutet die, ohnedies wenig zutreffende Nebeneinanderstellung des Fidejussor, Mandator und Konstituenten hin.

4) Wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß alle diejenigen Einreden, mit denen der Hauptschuldner schon zur Zeit des abgeschlossenen Konstitutum den Gläubiger zurückschlagen konnte, auch dem Konstituenten zur Seite stehen müssen, weil ein Konstitutum eben so wenig in Beziehung auf eine Schuld, welche ope exceptionis hinfällig ist, als auf eine solche, welche ipso jure nichtig ist, mit Wirksamkeit abgeschlossen werden kann: so kann dies doch nicht so allgemein in Betreff derjenigen Einreden behauptet werden, welche erst später in der Person des Hauptschuldners entstanden sind. Da nämlich im Falle eines constitutum debiti alieni wirklich mehrere Obligationen vorhanden sind, so müssen wir den bei blos solidarischen Verbindlichkeiten geltenden Grundsatz in Anwendung bringen, daß die Verbindlichkeit des Konstituenten nur durch solche Ereignisse erlöscht, welche

eine Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben, und so bleibt z. B. namentlich das Konstitutum bestehen, obschon die prinzipale Schuld durch Extinktiv-Verjährung erloschen ist, l. 18. §. 1. h. t.:

„Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum constitue-batur, debitam fuisse*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit",

und auch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner konnte niemals einen zerstörenden Einfluß auf die obligatio des Konstituenten äußern, obwohl sich dies bekanntlich vor Justinian bei der obligatio fidejussoria anders verhielt, vgl. l. 18. §. 3. h. t.:

„Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit". —

Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß diese beträchtlichen Verschiedenheiten zwischen constitutum und fidejussio nicht etwa aus einer Verschiedenheit der Formen — pactum und stipulatio — hervorgegangen sind, sondern daß dieselben vielmehr ihren wahren Grund in dem verschiedenen Zweck und Wesen beider Institute haben, und die verschiedenen Formen hauptsächlich nur die Bedeutung hatten, daß aus ihnen in völlig unzweideutiger Weise hervorging, welches Geschäft von den Interessenten beabsichtigt wurde, und welche Grundsätze also dabei in Anwendung zu bringen seien. Geht man aber hiervon aus, so kann man gewiß nicht der Meinung beitreten, daß in unsrem heutigen Rechte mit dem Wegfallen der Stipulationsform eine völlige Verschmelzung der fidejussio und des constitutum angenommen werden müsse, obwohl dies freilich sowohl früher (vgl. die dogmengeschichtlichen Andeutungen bei Girtanner S. 163 fgg.), als auch noch in unsren Tagen nicht selten vertheidigt worden ist, vgl. z. B. Zimmern a. a. O. S. 279 fgg., Mühlenbruch Lehrb. §. 484. bei Not. 16, Puchta §. 404, Arndts §. 353, Girtanner S. 373 fgg. Nach meinem Dafürhalten ist aber aus dem Wegfallen der Stipulationsformen nichts weiter hervorgegangen, als daß jetzt auch durch einfachen formlosen Vertrag eine fidejussio abgeschlossen werden kann, und damit denn allerdings das äußere Unterscheidungs-Merkmal zwischen fidejussio und constitutum hinweggefallen ist. Daraus kann aber doch sicher nicht eine Verschmelzung beider Institute in ein einziges gefolgert werden, sondern es folgt daraus nur, daß wir h. z. T. nicht mehr aus der Form, sondern

lediglich aus Inhalt und Zweck des einzelnen Vertrags entnehmen müssen, ob ein Bürgschafts-Vertrag als fidejussio oder als constitutum aufgefaßt werden muß. Wird also durch die Verbürgung ausschließlich die Sicherstellung des Gläubigers bezweckt, so müssen die Grundsätze der fidejussio zur Geltung kommen; sollen aber durch die Interzession noch anderweite Vortheile für den Kreditor erreicht werden, so muß ein Konstitutum mit seinen Eigenheiten angenommen werden. Vgl. auch die dogmengeschichtlichen Notizen Girtanner's a. a. O. bes. S. 168 fgg., und unter den Neuern z. B. Liebe in Weiske's Rechtslex. V. S. 515, Seuffert Lehrb. §. 388, Göschen §. 567, Sintenis II. S. 833. Anm. 36. u. A. m.

---

cc) S. g. mandatum qualificatum. §. 580.

Dig. XVII. 1. mandati vel contra, XLVI. 1. de fidejussoribus et mandatoribus, Cod. IV. 35. mandati vel contra, VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. — *Voorda*, ut differant inter se fidejussores et mandatores; in Elect. cap. 7, Gesterding, Irrthümer Abh. VI. Nr. 1. S. 185 fgg., Zimmern in der oben §. 579. angef. Schrift, Girtanner Bürgschaft S. 60 fgg. 196 fgg. 540 fgg.

c) Von Interzession der Frauenzimmer §. 581.

Dig. XVI. 1, Cod. IV. 29. ad SC. Vellejanum. — *Hellfeld*, de interc. mulierum et SCto Vellej. (opp. min. nr. 14.), *Suse*, de jure singulari feminae intercedentis Rom. et Hamburg. P. I. (jus Roman.) Gött. 1803, Glück XIV. S. 433 fgg., XV. S. 1 fgg., Kritz, Pand. R. I. 1. S. 240 fgg., Kattenhorn, über Interzession der Frauen. Gießen 1840, Sintenis in Sell's Jahrbb. II. S. 343 fgg., Bachofen ausgew. Lehren d. röm. Zivilr. S. 1 fgg, Windscheid im ziv. Arch. XXXII. S. 283 fgg. S. 303 fgg., Girtanner Bürgschaft S. 133 fgg. 258 fgg. 335 fgg., Fuhr im Archiv f. prakt. Rechtsw. II. S. 69 fgg. S. 102 fgg.

1) *Ulp.* l. 2. pr. §. 1. h. t.: Et primo quidem temporibus D. Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. (§. 1.) Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum

est. Cujus SCti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor Css. verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oporteat, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

2) *Justinian.* l. 23. §. 2. C. h. t.: Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes: pro nihilo habeatur ejusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

3) Nov. 134. c. 8: Et illud vero praevidimus pro subjectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, jubemus nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum: sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.

Anm. 1. Von der Regel, daß jede Interzession einer Frau durch Berufung auf das SC. Vellejanum unwirksam gemacht werden könne, gibt

es eine ziemliche Zahl von Ausnahmen, die hier zusammen gestellt werden sollen, vgl. auch *J. H. Böhmer*, de efficaci mulierum intercessione; in Exerc. ad Pand. III. ex 50. (p. 351 sqq.), *Gercke*, de limitibus SC. Vellej. Hannov. 1795, Glück XV. S. 1 fgg., *Windscheid*, de valida mulierum intercessione. Bon. 1838, Kattenhorn a. a. O. S. 125 fgg.

1) Die exc. SCti Vellejani fällt dann hinweg, wenn die Frau die Interzession nicht etwa im Interesse des Schuldners oder Gläubigers, sondern in ihrem eignen Interesse vornimmt, wenn sie also dadurch „suum negotium gerit", l. 27. §. 2. h. t., l. 6. pr. C. h. t., wenn sie also „prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipit", l. 13. pr. h. t. Es ist dies z. E. dann der Fall, wenn sie durch eine für ihren Gläubiger vorgenommene expromissio sich von ihrer Schuld liberirt, wenn sie die gerichtliche defensio dessen übernimmt, der im Falle einer Verurtheilung eine Regreßklage gegen sie haben würde, wenn sie für ihren Bürgen interzedirt, wenn sie demjenigen, der für sie ein Geschäft abgeschlossen, die dabei übernommene Verbindlichkeit abnimmt, wenn sie mit ihrem socius zum Zweck einer nothwendigen Verwendung in einem gemeinschaftlichen Hause ein Darlehn aufnimmt, und dabei als Korrealschuldnerin eintritt u. dgl. m., vgl. l. 3, l. 13. pr., l. 17. §. 2, l. 19. §. 3, l. 22, l. 25. §. 1, l. 27. §. 2. h. t., l. 2, l. 6. pr. C. h. t. Hierher gehört auch die völlig konsequente Verordnung Justinian's in l. 23. pr. C. h. t., daß dann keine Berufung auf das SC. Vellej. Statt finde, wenn die Frau dafür, daß sie interzedire, sich hat bezahlen lassen, einerlei, ob viel oder wenig („— — *aliquid* accipiens, ut sese interponat"), denn mag das, was sie empfangen hat, auch an und für sich vielleicht ein ganz ungenügendes Aequivalent für das durch die Interzession übernommene Risiko sein, so hat sie doch immer, wenn sie sich durch diese Gabe bestimmen ließ, ihr eigenes Interesse im Auge. Wenn Viele a. M. sind, und verlangen, daß sie soviel bekommen haben müsse, als der Betrag ihrer Interzession ausmache, oder doch, wie Andre meinen, wenigstens soviel, daß dadurch wohl auch ein besonnener Mann sich zur Uebernahme der Interzession hätte bewegen lassen (vgl. die Literatur bei *Böhmer* cit. c. 2. §. 5. not. k., Glück a. a. O. S. 29 fgg.), so verstoßen sie sich nicht nur gegen den Wortlaut des Gesetzes („aliquid"), sondern verrücken auch den wahren Gesichtspunkt des Gesetzgebers, vgl. *Gercke* cit. p. 60 sqq., *Suse* p. 42, *Windscheid* diss. cit. p. 13 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 299 fg., Bachofen a. a. O. S. 55. Das freilich ist eine singuläre Bestimmung des Kaisers, daß dann, wenn die Frau in der Interzessions-Urkunde selbst erklärt hat, daß sie für ihre Interzession bezahlt sei, dies unbedingt als wahr

angenommen werden muß, und das SC. Vellej. also ausgeschlossen bleibt, l. 23. pr. cit., und auch das ist eigenthümlich, daß, wenn die Frau an ihre privative Interzession gebunden ist, weil sie etwas dafür empfangen hat, der Gläubiger aber wegen ihrer Insolvenz nichts oder nicht Alles von ihr hat erlangen können, derselbe doch noch seinen Rückgriff gegen den eigentlich durch die giltige expromissio der Frau für immer liberirten Schuldner nehmen darf, l. 23. §. 1. eod. — Wenn übrigens Viele die ganze hier besprochene Ausnahme: wenn die Frau durch Uebernahme der fremden Obligation im Grunde nur ihre eigenen Geschäfte führt, gar nicht als wahre Ausnahme gelten lassen wollen, weil in solchen Fällen eine wirkliche Interzession gar nicht vorhanden sei, so lassen sich dafür allerdings nicht ohne Schein mehrere Stellen anführen, in denen für solche Fälle das Dasein einer Interzession in Abrede gestellt wird, l. 3, l. 8. §. 2, l. 17. §. 2. h. t. Aber gewiß hat dies nur den Sinn, daß nicht eine Interzession überhaupt, sondern nur eine Interzession im Geiste des Vellej. Senatsbeschlusses negirt wird, wie denn auch wirklich in andren Stellen mehrfach von einem *intercedere* pro fidejussore, l. 13. pr. h. t., von einem *intercedere* pro eo, cui pecunia debetur, l. 30. §. 1. de pact. (2, 14) u. dgl. m. die Rede ist. Allerdings aber muß zugegeben werden, daß der hier zur Sprache gebrachte Rechtssatz nicht als eine singuläre Ausnahme vom SC. Vellej. aufgefaßt werden darf, sondern nur vielmehr als eine gerade im Geiste dieses Senatsbeschlusses begründete Beschränkung des im Uebrigen weiter gehenden Interzessions-Begriffs, und insofern als eine Ausnahme der Rechtsregel, daß jede Interzession einer Frau wirkungslos sei.

2) Aehnlich wie mit der Interzession, durch welche die Frau ihre eignen Geschäfte besorgt, verhält es sich mit privativen Interzessionen, welche *animo donandi* von der Frau vorgenommen werden, d. h. wenn die interzedirende Frau von vorneherein den Willen hat, durch die Uebernahme der fremden Schuld einen Akt der Liberalität auszuüben, wenn sie also auf jede Entschädigungs-Klage gegen den Hauptschuldner verzichtet. Augenscheinlich will nämlich der Senat die Frau nicht gegen jedes leichtsinnige Kontrahiren von Schulden schützen — sonst müßten ja alle lädirenden Kontrakte der Frauen, ähnlich wie die der Minderjährigen, unwirksam gemacht werden können, wogegen doch besonders gewarnt wird in l. 32. pr. h. t. —, sondern das Senatuskonsult will nur den Frauen Hülfe gewähren gegen die ihrem Geschäfte eigne gutmüthige Schwäche, wonach sich dieselben leicht bestimmen lassen, Andren gefällig zu sein, wenn sie die Hoffnung haben, daß sie selbst keinen Schaden dabei leiden werden. Gerade dieses gutmüthige, aber unvorsichtige Ver-

trauen auf die Ehrlichkeit und Solvenz des Hauptschuldners, und die darauf gegründete Hoffnung, daß sie nur gleichsam dicis causa und ohne jeden reellen Nachtheil eine fremde Verbindlichkeit auf sich nähmen, ist die Gefahr, welche durch das SC. Vellejanum beseitigt werden soll. Hält man dies fest, so leuchtet von selbst ein, daß die Frau sich vergeblich auf das SCtum beruft, wenn sie nicht durch dieses Vertrauen und die darauf basirte Hoffnung auf Schadloshaltung sich zu einer privativen Interzession bestimmen ließ, sondern wenn sie dies in dem vollen Bewußtsein und mit der erklärten Absicht that, einen Theil ihres Vermögens aus Liberalität gegen einen Dritten aufzuopfern. Dies ist der wahre Sinn der l. 8. §. 5. h. t.: „mulier enim per Senatus Consultum relevatur; *non quae deminuit, restituitur*", denn das quae deminuit ist nicht etwa blos von alsbaldiger Hingabe, sondern von jedem absichtlichen Vermögens-Opfer für einen Andren zu verstehen. Dies geht ferner hervor aus l. 21. §. 1 eod.:

> „Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur, non erit tuta SCto; oneribus enim earum Senatus succurrit",

wo das: liberaliter fecerit auch nicht blos von reeller Zahlung, sondern auch von einer in der Absicht der Liberalität vorgenommenen Expromissio aufgefaßt werden muß; und dies wird endlich auch bestimmt bewiesen durch l. 4. §. 1. h. t.:

> „Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed etsi tibi donatura creditori tuo numos numeraverit, non intercedit; Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius mulier se obligat, quam alicui donat".

Denn darnach fällt die exc. SCti Vellej. hinweg, wenn die Frau ein Darlehn aufnimmt, um das aufgenommene Geld einem Dritten zu schenken, während doch bekanntlich schon nach dem Wortlaut des Senatuskonsults („mutui dationes pro aliis") die Einrede allerdings dann schützend eingreift, wenn die Frau das aufgenommene Geld dem Dritten zu kreditiren beabsichtigt, l. 2. §. 1. h. t., vgl. l. 4. pr., l. 11. conj. l. 12, l. 27. pr., l. 28. §. 1. h. t. — Wenn dies aber Manche auch auf kumulative Interzessionen ausdehnen wollen, und demgemäß den allgemeinen Grundsatz aufstellen, daß bei einer jeden animo donandi eingegangenen Interzession das Senatuskonsult wegfalle, vgl. z. B. *Windscheid* diss. cit. p. 15 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 296 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. S. 844. u. A. m.: so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen. Da nämlich nicht die trügerische Hoffnung der Frau, Ersatz des Gezahlten vom Schuldner zu erlangen, sondern vielmehr die andre, gar nicht zahlen zu

müssen, das entscheidende Moment für die Gestattung der exc. SCti Vellej. ist (vgl. bes. Windscheid in d. angef. Abhandl. S. 287 fgg.), und da im Falle einer kumulativen Interzession diese letztre Erwartung sehr wohl vorhanden sein kann, wenn auch die Frau auf die Regreßklage verzichtet hat: so ist gewiß kein Grund vorhanden, ihr in solchem Falle die Einrede des Senatuskonsults zu versagen; vgl. auch Gropp in seinen und Heise's jur. Abhh. Bd. II. Nr. 6. S. 175 fgg., Bachofen a. a. O. S. 18 fgg., Girtanner a. a. O. S. 338 fgg., Arndts Lehrb. §. 359. Anm. 3.

3) Die interzedirende Frau ist insoweit gebunden, als sie durch die Interzession und deren Effektuirung ihr Vermögen nicht vermindert, wie z. B. dann, wenn der Hauptschuldner, für welchen sie interzedirte, ihr die verbürgte Summe erstattet, „neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, quum jam eam habeat", l. 16. pr. h. t., oder wenn das, wofür sie sich verbürgt hat, in anderer Weise in ihr Vermögen verwendet worden ist, „quia non fit pauperior", l. 21. pr. h. t.

4) Das SC. Vellej. fällt auch hinweg, wenn die interzedirende Frau sich dabei einer Arglist schuldig machte, l. 2. §. 3, l. 23. l. 30. h. t., l. 5, l. 18. C. h. t. Daß die Frau auch schon blos deßhalb, weil sie ihre Rechtswohlthat kennt, von derselben ausgeschlossen sei, ist schwer zu glauben, und in l. 30. cit., wo dies dennoch gesagt zu sein scheint, muß wohl gewiß supponirt werden, daß die Frau es arglistig unterläßt, den irrenden Gläubiger aufzuklären; vgl. Windscheid im Arch. a. a. O. S. 317 fg., Girtanner S. 344 fgg. Ueber andre Ansichten s. *Suse* l. c. §. 20. 51, *Windscheid*, diss. cit. p. 24 sqq., Bachofen a. a. O. S. 41 fgg.

5) Auch dann ist die Vellejanische Einrede unanwendbar, wenn der Gläubiger in einem entschuldbaren (cf. l. 17. pr. h. t.) faktischen (cf. l. 7. h. t.) Irrthum über das Dasein einer Interzession befangen ist, l. 12, l. 17. §. 1. h. t., l. 1. C. h. t., was insbesondere dann leicht der Fall sein kann, wenn die Frau nicht selbst, sondern per suppositam personam mit dem Gläubiger das Geschäft abschließt, l. 6. h. t., oder wenn die Frau äußerlich als die wahre Hauptschulderin erscheint, wie z. B. ein Darlehn für einen Andren aufnimmt, l. 4. pr., l. 11, l. 27. pr., l. 28. §. 1. h. t. Wenn die l. 13. C. h. t.:

> „Si foenebris pecunia juxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, *decreto Patrum non adjuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit*"

für einen Fall der letztren Art selbst auch dann, wenn der Gläubiger Kenntniß von dem ganzen Thatbestande hat, die Anwendbarkeit des

SC. Vellej. in Abrede zu stellen scheint, so ist doch in diesem Reskripte augenscheinlich nicht davon die Rede, wenn die Frau das aufgenommene Geld dem Manne zu kreditiren beabsichtigte, sondern wenn sie dasselbe unmittelbar, und ohne Ersatz zu begehren, zu dessen Beßtem verwendet, z. B. um die Haushaltungskosten zu bestreiten u. dgl. m.; vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück XV. S. 8 fgg. und die da Zitt., *Windscheid* diss. cit. p. 28 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 293 fg., Kattenhorn a. a. O. S. 147 fgg., Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis. Bd. I. Nr. 115. — Uebrigens leidet die Regel, daß entschuldbare Unkenntniß des Gläubigers die Anwendbarkeit des SC. Vellej. ausschließe, aus begreiflichen Gründen dann eine Ausnahme, wenn der Gläubiger nicht eigentlich selbständiger Kreditor der Frau ist, sondern in Wahrheit nur für die Frau interzedirt, denn in diesem Falle kann die Frau die exceptio SCti Vellej. der Klage des Gläubigers auch dann entgegensetzen, wenn diesem die Interzedenten-Qualität der Frau gänzlich unbekannt ist, wie aber auch auf der andren Seite er selbst vollkommen berechtigt ist, diese Einrede dem eigentlichen Kreditor gegenüber vorzuschützen. Dies ist der einfache Grundgedanken der vielbesprochenen und oft mißverstandenen l. 19. §, 5. h. t. Dieselbe enthält nämlich folgende Entscheidung. Eine Frau, die für Jemanden eine expromissio vornehmen will, aber von dem Gläubiger — welchen wir Gajus nennen wollen — aus Furcht vor dem SC. Vellejanum nicht angenommen wird, schließt, um ihren Zweck indirekt zu erreichen, mit einem Dritten, Titius, welcher von jenen Vorgängen nichts weiß, einen Darlehnsvertrag ab und beauftragt denselben, das Geld an jenen Gläubiger Gajus auszuzahlen; der Titius, nicht gerade bei Kasse, schließt Statt dessen mit diesem Gläubiger eine Stipulation ab, worin er ihm die Auszahlung der fraglichen Summe verspricht, und es fragt sich nun, ob hier die exceptio SC. Vellej. anwendbar sei? und zwar läßt sich diese Frage in der zwiefachen Richtung aufwerfen: hat die Frau diese exceptio gegen die Klage des Titius? und: hat Titius jene Einrede gegen die Klage des Gajus? Afrikan antwortet bejahend, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil hier Titius im Wesentlichen so aufzufassen sei, wie wenn er sich für die Frau bei dem Gajus verbürgt hätte; als Bürge aber würde er unzweifelhaft die exc. SCti Vellej. haben, auch wenn er nicht wußte, daß er sich für eine interzedirende Frau verbürgt habe, und eben so würde auch unzweifelhaft die Frau seiner actio mandati jene Einrede entgegensetzen konnen. Diese Entscheidung sei ganz unbedenklich — so fährt Afrikan fort — wenn Titius noch vor wirklicher Zahlung an Gajus, von dem wahren Sachverhältniß, daß hier nämlich eine Interzession einer Frau vorhanden sei, Kunde erhalte. Aber wie verhält

es sich, wenn Titius, ohne von jenem Sachverhalt etwas erfahren zu haben, die Zahlung an den Gajus effektuirt hat, und nun klagend gegen die Frau auftritt? Kann auch in diesem Falle die Frau auf ihre Rechtswohlthat provoziren, oder muß ihr die Einrede versagt werden? Bei Entscheidung dieses Falls war Afrikan schwankend. Anfangs neigte er sich zu der Meinung, daß hier die exceptio eben so wegfallen müsse, wie wenn eine Frau ihren Schuldner einem Dritten delegirt hätte. Später aber verwarf er diese Parallele als unpassend, weil im Falle einer solchen Delegation gar nicht von Uebernahme einer obligatio von Seiten der Frau die Rede sei, während in dem vorliegenden Falle die Frau doch offenbar eine fremde obligatio auf sich genommen habe; und seine endliche Meinung geht also dahin, daß auch in diesem Falle die Frau gegen die Klage des Titius durch die exceptio SCti Vell. geschützt sei, und Titius sich mit einer condictio indebiti gegen den Gajus helfen müsse; vgl. auch Basil. XXVI. 7. fr. 50. Ueber die verschiedenen Erklärungen s. die Nachweisungen bei Glück XV. S. 10 fgg. und dazu Sintenis in Gieß. Zeitschr. X. S. 51 fgg., *Windscheid* diss. cit. p. 35 sqq., Kritz Pandektenr. I. 1. S. 263 fgg., Kattenhorn a. a. O. S. 36 fgg., Hoffmann in Sell's Jahrbb. III. S. 420 fgg., Bachofen a. a. O. S. 44 fgg.

6) Wenn die Frau Erbin des Hauptschuldners geworden ist, so kann im Falle einer privativen Interzession nicht blos die actio restitutoria gegen sie gebraucht werden, sondern auch die Klage aus ihrem eignen Geschäfte, „nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur“, l. 8. §. 13. h. t., cf. l. 95. §. 2. fin. de solut. (46, 3).

7) Wenn die Frau bei einem Minderjährigen interzedirte, so fällt die exc. SC. Vellej. insofern hinweg, als der Minderjährige durch die Vorschützung dieser Einrede einen Schaden erleiden würde, l. 12. de minor. (4, 4).

8) Nach der besondren Verordnung Justinian's in l. 22. C. h. t. coll. Nov. 61. c. 1. §. 1. soll die Vellejanische Einrede auch dann hinwegfallen, wenn die interzedirende Frau nach Ablauf von zwei Jahren nach der ersten Interzession, nochmals für die nämliche Schuld eine Interzession vornimmt, denn „sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit“. Dazu wird aber erfordert, daß die Frau wenigstens bei der zweiten Interzession — denn bei der ersten kommt darauf der richtigeren Meinung nach nichts an, obwohl Viele a. M. sind, z. B. Glück XV. S. 15 fgg. — volljährig ist, daß die erste Interzession an sich giltig ist, und nur durch die exc. SC. Vellej. entkräftet werden kann, und daß nach Ablauf des biennium wirklich eine neue Interzession vorgenommen, nicht etwa nur thatsächlich, wie etwa durch Zinszah-

lung, theilweise Leistung u. dgl. der fortdauernde Wille ausgesprochen wird. Treffen diese Erfordernisse zusammen, so ist die zweite Interzession giltig, ohne daß hier mit Glück XV. S. 18 fgg. u. A. m. eine Rückziehung auf die Zeit der ersten Interzession angenommen werden kann indem Justinian ausdrücklich sagt, daß die Frau „ex *secunda* cautione“ verpflichtet werde. Dies ist auch von jeher die communis opinio gewesen, vgl. die bei Glück a. a. O. Not. 32. Genannten, und s. auch *Windscheid* cit. p. 41 sqq. und Girtanner S. 347 fgg.

9) Auch dann fällt die exc. SC. Vellej. hinweg, wenn die Frau pro libertate interzedirt, l. 24. C. h. t.

10) Endlich ist dies auch dann der Fall, wenn die Interzession sich auf das Versprechen einer dos bezieht, l. 12, l. ult. C. h. t. —

Zu diesen schon im römischen Rechte begründeten Ausnahmen kommt noch im Geiste des kanonischen Rechts (vgl. oben Bd. I. §. 170 Anm.) die weitere hinzu, wenn die Interzession eidlich bestärkt ist, Glück XV. S. 33 ibique citt., und nach deutschrechtlicher Praxis muß auch noch hinzugefügt werden, daß die Interzessionen von Kauffrauen bei Handelsgeschäften giltig sind, *Boehmer* cit. c. 11. §. 11, *Deimlin*, de vera indole SC. Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito intercedentem applicata. Alt. 1751, Joh. Sam. Fr. Böhmer in Schett's jurist. Wochenbl. Jahrgang III. Nr. 29. S. 535 fgg., *Gercke* cit. §. 51, Glück XV. S. 33 fgg.

Schließlich muß hier noch die Frage berührt werden, ob auch eine wirksame Entsagung auf die Rechtswohlthat des SC. Vellej. Statt finde? Obwohl eine sehr konstante Praxis sich seit lange für die Zulässigkeit des Verzichts ausgesprochen hat, so ist dies doch von jeher in der Theorie sehr kontrovers gewesen, vgl. über die ältere Literatur die Nachweisungen bei *Boehmer* cit. c. II. §. 15. not. mm und nn), Glück XV. S. 36 fgg., *Suse* cit. §. 21. not. 58. und Girtanner S. 263 fgg., und auch noch h. z. T. sind die Meinungen sehr getheilt. Während nämlich auch noch jetzt nicht Wenige auch theoretisch die Wirksamkeit des Verzichts vertheidigen, vgl. *Gercke* cit. §. 15, Puchta Lehrb. §. 408, Heimbach in Weiske's Rechtslex. III. S. 796 fgg., Kattenhorn a. a. O. S. 206 fgg., Rudorff, Grundriß zu Vorles. über das gem. Zivilr. 2. Aufl. (Berl. 1843) §. 265. Anm., Girtanner S. 136 fgg. S. 364 fgg., Arndts Lehrb. §. 361. u. A. m., leugnen Andre dieselbe, abgesehen von ein Paar singulären Ausnahmen, gänzlich ab, und diese letztre Meinung hat sich h. z. T. so verbreitet, daß man sie wohl als die jetzt herrschende betrachten muß, vgl. z. B. *Suse* cit. §. 21 sqq., Glück a. a. O., Cropp in Heise und Cropp jur. Abh. I. Nr. 10. §. 8 fgg., *Windscheid* cit. p. 57 sqq., Koch,

Recht d. Fordr. III. §. 375, **Sintenis** in Sell's Jahrbb. II. S. 353 fgg. und die Lehr- und Handbücher von **Thibaut** §. 606, **Wening** §. 355, **Schweppe** III. S. 360 fgg., **Seuffert** §. 381. Not. 12, **Valett** §. 584, **Mühlenbruch** §. 488. („nach einer Usual-Interpretation"), **Göschen** §. 572, **Roßhirt** §. 510. Wirklich läßt sich nun auch nicht in Abrede stellen, daß, abgesehen von speziellen Gesetzen, die überwiegenden innern Gründe für diese letztre Ansicht sprechen. Wenn nämlich der wahre Grund des SC. Vellej. der ist, die Frauen gegen die Gefahr des leichtsinnigen Vertrauens auf die Ehrlichkeit und Solvenz des prinzipalen Schuldners zu schützen, so ergibt sich von selbst, daß dann, wenn ein solches Vertrauen vorhanden ist, die Frau sich ganz eben so leicht zum Verzicht auf ihre Rechtswohlthat, wie zur Interzession selbst bestimmen lassen wird, indem ja jenes Vertrauen nothwendig auch die Hoffnung mit sich führt, daß sie dieser Rechtswohlthat gar nicht bedürfe, und ihr Verzicht darauf also etwas ganz Unschädliches und Indifferentes sei. Sollte also das Senatuskonsult seinen Zweck vollständig erreichen, so müßte, wie die Interzession selbst, so auch der Verzicht auf die Rechtswohlthat für unwirksam erklärt werden. Dennoch aber muß wohl nach den Gesetzen die entgegengesetzte Ansicht als die im römischen Rechte wirklich anerkannte angesehen werden. Wenn man dieselbe freilich aus l. 30. h. t. begründen will, indem ja danach die Frau schon dann der exc. SCti Vellejani verlustig sein solle, wenn sie dieselbe nur bei Vornahme der Interzession gekannt habe, der Verzicht aber jedenfalls eine Kenntniß voraussetze, so ist **dieses** Argument gewiß unhaltbar, denn es ist schon oben bei Nr. 4. bemerkt worden, daß nicht das blose Wissen, sondern nur das mit **Dolus** gepaarte Wissen die Einrede ausschließe. Eben so unbeweisend ist auch die l. 31. h. t., indem daraus nur abgeleitet werden kann, was auch meines Wissens Niemand bestreitet, daß die Frau nicht gezwungen ist, sich auf die Rechtswohlthat zu berufen, woraus aber natürlich auch nicht entfernt gefolgert werden darf, daß auch ein vorausgehender Verzicht bindend sei. Und endlich kann auch die l. 22. C. h. t. nicht für diese Meinung angeführt werden, denn daraus, daß eine nach zwei Jahren wiederholte Interzession giltig sein soll, läßt sich doch gewiß nicht auf die Wirksamkeit eines sogleich mit der Interzession verbundenen Verzichts schließen. Wohl aber geht meines Erachtens die Richtigkeit jener Ansicht aus der auch vorzüglich immer dafür angeführten l. 32. §. 4. h. t. hervor:

Pomponius. „Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest,

cavere debebit, exceptione se non usuram, et sic ad judicem ire".

Daß hier ein wirksamer Verzicht auf die exc. SCti Vellejani als möglich angenommen wird, leidet wohl keinen gegründeten Zweifel, und da dies hier auch durchaus nicht als etwas Singuläres, gerade nur wegen eigenthümlicher Gründe in dem besondren, da entschiedenen Falle Zulässiges hingestellt wird, so können wir darin nur eine Anwendung der allgemeinen Regel erblicken, daß überhaupt Verzicht auf die exc. SCti Vellejani zuläßig und wirksam ist. Doch hat man gegen diese Argumentation nicht ohne Scharfsinn eingewendet, daß eine Frau, welche für Jemanden interzedire, und dann diesen Schuldner auch vor Gericht vertrete, durch die wirkliche Uebernahme und Durchführung dieses Prozesses nicht sowohl interzedire, als vielmehr ihre Interzession effektuire, also Zahlung leiste; eine Interzession durch Zahlung zu realisiren, sei aber eine Frau vollkommen berechtigt, und wenn sie hierbei das Bewußtsein gehabt, daß sie zur Leistung nicht verpflichtet sei, so könne sie auch das Gezahlte nicht zurückfordern, woraus sich dann weiter von selbst ergebe, daß wenn bei der Zahlung der Verzicht auf die exc. SCti Vellejani vorkomme, dieser stets vollkommen wirksam sein müsse, indem ja ein solcher Verzicht nothwendig jenes Bewußtsein voraussetze; aus diesem Grunde müsse nun auch die Wirksamkeit des Verzichts im Falle der l. 32. §. 4. cit. erklärt werden, und es sei also begreiflich daraus kein Schluß auf einen Verzicht zu machen, welcher sogleich bei der Interzession vorgekommen sei, vgl. Cropp a. a. O. und die da Angeff., s. auch *Windscheid* p. 58. Es scheitert aber meines Erachtens diese Argumentation an dem Umstande, daß dabei von dem Satze ausgegangen wird, die nachherige Prozeßübernahme von Seiten der interzedirenden Frau sei eine Art von Zahlung, während man darin doch sicher nichts Andres, als eine fortgesetzte Interzession, also immer doch nur eine Interzession, keine Zahlung erblicken kann; und wenn bei dieser fortgesetzten Interzession ein Verzicht auf die exceptio SCti Vellejani wirksam ist, so läßt sich nicht wohl einsehen, warum er nicht auch von Anfang an wirksam sein sollte. Dieses Resultat wird aber noch gar sehr bestätigt durch mehrere Aeußerungen Justinian's, wonach eine Frau, um zur Vormundschaft ihrer Kinder gelangen zu können, auf ihr beneficium SCti Vellejani verzichten muß, vgl. l. 3. C. quando mulier tut. off. fungi potest (5, 35) [„et renunciet SCti Vellejani praesidio, omnique alio legitimo auxilio"], Nov. 118. c. 5. [„si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Vellejani SCti renunciat"]. Erwägt man, mit welcher gänzlichen Unbefangenheit der Kaiser hier des Verzichts auf das beneficium SCti Vellejani Erwähnung thut, ohne auch nur im Ent-

ferntesten anzudeuten, daß eine solche Entsagung etwas Anomales sei, so muß sich doch wohl unsre Ueberzeugung bestärken, daß sich auch hier wieder nur eine einzelne Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes vorfinde. Dafür kann denn endlich allenfalls auch noch die Vorschrift Justinian's in l. 23. pr. C. h. t. angeführt werden, wonach dann, wenn eine Frau in der Interzessions-Urkunde erklärt, sie habe etwas für ihre Interzession empfangen, dies unbedingt geglaubt werden, und die exc. SCti Vellejani ausgeschlossen sein soll; denn es leuchtet ein, daß eine solche Erklärung dann, wenn die Frau wirklich nichts empfangen hat, in der That nichts Andres, als ein verschleierter Verzicht auf die exc. SCti Vellejani ist, und wenn dies rechtlich zuläßig ist, läßt sich da wohl ohne Inkonsequenz die Statthaftigkeit und Wirksamkeit einer offenen Entsagung in Abrede stellen?

Hiernach kann es uns nicht wundern, wenn wir die Ansicht von der Zuläßigkeit des Verzichts schon bei den Byzantinern als die herrschende finden, vgl. *Michael Attalens* tit. 23. (Leunclav. jus Graeco-Rom. tom. II. p. 22.), *Harmenopul.* lib. III. tit. 6. §. 5, wie sie denn auch im Occident von der Glosse an von jeher die bei Weitem meisten Vertheidiger zählte; und wenn auch, wie wir oben sahen, gerade in unsren Tagen die Zahl der Dissentienten nicht gering ist, so hat dies doch, wie die Gegner selbst einräumen, auf die Praxis noch keinerlei Einfluß geäußert. Immer aber wird, damit der Verzicht auf die Rechtswohlthat als wirksam erscheinen könne, vorausgesetzt, daß die Frau auch gehörige Einsicht in das Recht habe, auf welches sie verzichtet, und da diese bei ihr nicht vermuthet werden kann, so fordert die Praxis nicht mit Unrecht eine vorgängige Belehrung, vgl. Glück a. a. O. S. 40 fgg. und die da Angeff. Wenn aber außerdem von Manchen verlangt wird, daß die Entsagung eidlich geschehe, oder daß sie vor Gericht ausgesprochen, oder in einer offentlichen, von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde erklärt sei, so fehlt es dergleichen Lehren nicht nur an aller theoretischen Begründung, sondern sie haben auch nicht einmal in der Praxis irgend Anklang gefunden (vgl. *Böhmer* cit. c. 2. §. 19. not. qqq.), Glück a. a. O. S. 45 fgg., Girtanner S. 366.

Anm. 2. In l. 23. §. 2. C. h. t. (s. T. 2.) verordnet Justinian, eine Frau könne sich nicht anders für einen Andren obligiren, als wenn sie dies in einer öffentlich ausgefertigten und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde thue, und wenn dies nicht geschehen sei, so solle der ganze Akt völlig nichtig und unwirksam sein. Das Verhältniß dieser neuen Verordnung zu dem früheren Rechte ist von jeher sehr bestritten. Darüber war man zwar einig, daß die Frau, wenn sie in der vorgeschriebenen Form interzedirte, doch deßhalb nicht unbedingt obligirt sei, sondern sich immer noch auf die exceptio SCti Vellejani berufen

dürfe; aber darüber stritt man, wie es sich in den Ausnahmsfällen verhalte, in denen die exc. SCti Vellej. wegfalle. Während die Einen annehmen, daß in solchen Fällen die Frau auch noch nach Justinianischem Rechte wirksam verpflichtet sei, selbst wenn sie keine öffentliche Urkunde ausgestellt habe, so daß also die Formvorschrift der l. 23. §. 2. C. cit. sich nur auf die Fälle beziehe, in denen auch schon vorher eine wirksame exc. SCti Vell. anwendbar gewesen sei: so lehrten die Andren, daß dann, wenn jene Form nicht beachtet sei, selbst auch in jenen Ausnahmsfällen von einer Verbindlichkeit der Frau keine Rede seine könne, mit einziger Ausnahme des von Justinian besonders entschiedenen Falls, wenn sie etwas für ihre Interzession empfangen habe, so daß also z. B. eine Frau, auch wenn sie betrüglich zu Werke gegangen, oder bei einem Minderjährigen interzedirt habe u. dgl., doch nicht verpflichtet sei, wenn nicht jene Form beobachtet sei. Das Erstre nahm **Bulgarus** an, dem die Glosse ad h. 1. beistimmte, und es scheint dies längre Zeit hindurch die herrschende Lehre gewesen zu sein, vgl. z. B. *Raguellus*, comm. ad const. et dec. Just. ad l. 23. cit. p. 236 sqq., *Bachov*, ad Treutler. vol. I. disp. 25. th. 2. lit. B. (p. 941), *Frantzke*, comm. in Pand. ad tit. de SC. Vell. nr. 35; *Böhmer* cit. cap. 1. §. 7. not. cc. (in exerc. cit. p. 363); *Lauterb.*, colleg. theor. pract. ad tit. de SC. Vell. §. 10; wie es denn auch unter den neueren Juristen noch manche Vertheidiger findet, vgl. z. B. **Röslin**, Abh. v. bes. weibl. Rechten Th. II. S. 185 fgg., **Höpfner**, Komm. §. 838. Not. 3. (welche Beiden wenigstens im Wesentlichen jener Meinung beistimmen), **Meister**, prakt. Bemerk. II. 4, und besonders *Windscheid* cit. p. 47 sqq.; s. auch **Roßhirt**, gem. Zivilr. §. 511. Die andre Ansicht vertheidigte dagegen der Glossator **Martinus** (s. gloss. ad h. l.), und wenn auch längere Zeit vernachlässigt, ist sie doch h. z. T. die unbedingt herrschende geworden, nur daß dabei Manche der in l. 23. cit. allein genannten Ausnahme, wenn die Frau für ihre Interzession belohnt sei, auch noch die intercessio pro liberate und pro dote als zwei anderweite, durch spätere Gesetze begründete Ausnahmen hinzufügen, während Andre auch diese beiden Ausnahmen nur in dem Falle anerkennen wollen, wenn eine öffentliche Urkunde da sei, vgl. *Suse* cit. p. 35 sqq., **Glück** XV. S. 26 fgg., **Thibaut**, ziv. Abh. S. 129 fgg., **Kritz** a. a. O. S. 284, **Bucher**, Recht der Fordr. §. 121. 122, **Sintenis** in Sell's Jahrbb. II. S. 364 fgg., und die Lehr- und Handbücher von **Thibaut** §. 607, **Schweppe** §. 518, **Seuffert** §. 381, **Wening** §. 358, **Mühlenbruch** §. 489, **Puchta** §. 409, **Göschen** §. 573, **Sintenis** II. S. 843. Not. 88, **Arndts** §. 362; vgl. auch **Bachofen** a. a. O. S. 55 fg. und **Girtanner** S. 141 fgg. S. 351

fgg. — Neben diesen beiden Ansichten ist aber in unsern Tagen noch eine dritte aufgestellt worden, die von beiden gleich sehr abweicht. Valett, Lehrb. §. 581. und Kattenhorn a. a. O. S. 172 fgg. gehn nämlich davon aus, daß eine Frau dann, wenn sie in einer öffentlichen, von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde interzedirt habe, unbedingt obligirt sei, so daß hier auch die exc. SCti Vell. gänzlich wegfalle; habe sie aber jene Form nicht angewendet, so sei ihre Interzession ganz nichtig, mit Ausnahme der Fälle, in denen nach früherem Rechte die exc. SCti Vell. nicht zugelassen sei, denn diese Fälle müßten auch als eben so viele Ausnahmen von der im Justinianischen Gesetze angedrohten Nichtigkeit aufgefaßt werden — und in diesem letztren Punkte stimmt also Valett's und Kattenhorn's Meinung mit der oben referirten Ansicht des Bulgarus zusammen.

Faßt man Justinian's Konstitution unbefangen auf, und läßt sich bei ihrer Auslegung nicht durch ungehörige Billigkeits- und Zweckmäßigkeits-Rücksichten leiten, so kann meines Erachtens nur die Meinung des Martinus als die richtige angesehen werden. Der von Kattenhorn adoptirte Einfall Valett's bedarf keiner Widerlegung, da Justinian gerade von dem Falle, wenn die von ihm vorgeschriebenen Formen beobachtet sind, mit dürren Worten sagt, daß dann Alles das gelten solle, was frühere Gesetze oder kaiserliche Konstitutionen über Interzessionen der Frauen eingeführt hatten („tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt"). Wie sich diese, den Worten geradezu widerstreitende, Ansicht Valett'n „bei oftmaliger Lesung" der l. 23. cit. hat „aufdringen" können, ist mir eben so unbegreiflich, als die weitere Bemerkung dieses Schriftstellers daß, als er die Glosse aufgeschlagen, er dieselbe dort auch schon kurz angedeutet, aber von Accursius verworfen gefunden habe; in der Glosse werden nur die oben referirten Meinungen des Martinus und Bulgarus angeführt, und die letztre gebilligt; von der Valett'schen Ansicht kommt dagegen in der Glosse eben so wenig, wie in dem Gesetze selbst eine Spur vor. Die vorher angezogenen Worte der l. 23. cit. stehen aber, wie ich glaube, eben so bestimmt auch der Auslegung des Bulgarus entgegen, denn wenn die ganze ältere und neuere Theorie über Interzession der Frauen gerade nur dann Anwendung finden soll, wenn jene Formen gewahrt sind, im umgekehrten Falle aber, wie der Kaiser unmittelbar nachher hinzufügt, der ganze Akt null und nichtig sein soll, so als wenn gar nichts geschehen wäre: so kann doch wahrlich damit nicht die Behauptung vereinigt werden, daß die interzedirende Frau doch auch dann, wenn sie keine öffentliche Urkunde errichtet hat, obligirt sei, sofern nur einer der Ausnahmsfälle des SC.

Vell. vorliege! Erwägt man aber außerdem, daß nach jener Auslegung des Bulgarus die ganze Neuerung des Kaisers nur blos darin bestanden hätte, daß da, wo die interzedirende Frau bisher die völlig wirksame und sie vollständig schützende exc. SC. Vell. vorschützen konnte, sie jetzt ipso jure liberirt sein soll, daß dagegen in allen Fällen, wo das frühere Recht sie schutzlos ließ, sie auch von Justinian schutzlos gelassen sei: so läßt sich nicht nur überhaupt kein verständiger Zweck einer solchen, fast völlig leeren, Neuerung denken, sondern es läßt sich auch namentlich nicht begreifen, wie Justinian als Motiv für diese Neuerung hat angeben können „*ne mulieres perperam sese pro aliis interponant*". Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Auslegung des Martinus, indem sie augenscheinlich nicht blos mit den Dispositivworten des Gesetzes vollkommen übereinstimmt, sondern darauf auch die vom Kaiser angegebene ratio vollständig paßt. Ob es freilich weise und überlegt von Justinian war, zu verordnen, daß eine Frau auch dann, wenn sie arglistig handelte, oder wenn ihr der Schuldner später das geleistet hat, wofür sie sich verbürgte u. dgl. doch nicht haften soll, blos weil sie keine öffentliche Urkunde errichtete, das ist eine andre Frage, aber dergleichen Zweifel können uns nicht bestimmen, das Gesetz anders auszulegen, als es von Justinian gedacht war. Wollen wir also keine Unterscheidung in das Gesetz hineintragen, die demselben fremd ist, so müssen wir den einfachen Grundsatz aufstellen: wenn eine Frau ohne öffentliche Urkunde interzedirt, so ist juristisch gar keine Interzession da, sondern das ganze Geschäft ist selbst in solchen Fällen null und nichtig, in denen ehedem die exc. SC. Vell. durch eine justa replicatio elidirt werden konnte; hat sie aber eine öffentliche Urkunde über ihre Interzession ausgefertigt, dann ist in vollem Umfange die Theorie des SC. Vellejanum anwendbar, d. h. die Frau ist zwar ipso jure verpflichtet, kann sich aber regelmäßig durch die exc. SC. Vell. schützen, wenn nicht einer der in den vorigen Anm. angedeuteten Ausnahmsfälle begründet ist. Diesem Grundsatze müssen jedoch noch folgende erläuternden Zusätze beigefügt werden:

1) Es kann wohl keinen gegründeten Zweifel leiden, daß die l. 23. cit. blos von solchen Geschäften der Frau verstanden werden darf, die auch wirklich im Sinne des SC. Vellejanum als wahre Interzessionen gelten. Rechtsgeschäfte, die gar nicht in die Sphäre des SC. Vellejanum fallen, werden auch nicht durch die l. 23. cit. berührt, und aus ihnen muß also unbedenklich eine Frau auch dann obligirt werden, wenn darüber keine öffentliche Urkunde errichtet ist. Dies ist nach dem in der vorigen Anm. zu Nr. 1 und 2. Bemerkten namentlich dann der Fall, wenn die Frau durch die Uebernahme der fremden Obligation doch in der That nur ihr eignes Geschäft führt,

und wenn sie animo donandi eine fremde Schuld auf sich nimmt; denn da in diesen Fällen die exc. SC. Vell. nicht etwa darum wegfällt, weil sie Ausnahmen enthalten, sondern vielmehr, weil sie gar nicht unter die Regel des Senatusconsultum fallen, weil sie ganz außerhalb der Sphäre desselben liegen, und gar nicht als Interzession im Sinne desselben betrachtet werden: so muß aus solchen Geschäften eine Frau auch h. z. T. unbedingt haften, einerlei, ob die Formvorschriften der l. 23. cit. beobachtet worden sind, oder nicht. Eine Anwendung hiervon findet sich denn auch im princ. unsrer l. 23. cit., indem danach eine Frau dann, wenn sie eine Belohnung für ihre Interzession erhielt, stets haften soll, „sive *sine scriptis*, sive per scripturam sese interposuerit“, und es ist dies völlig konsequent, weil ja hier die Frau in der That „suum negotium gerit“ (s. oben S. 164). Dadurch beseitigt sich denn auch von selbst der Einwand, welchen Accursius gegen die Meinung des Martinus vorbringt, daß nämlich der §. 2. der l. 23. cit. mit dem princ. im Widerspruch stehe; wie dadurch freilich auch auf der andern Seite ein Argument entkräftet wird, welches Thibaut ziv. Abh. a. a. O. für Martinus vorbringt. Thibaut geht nämlich davon aus, wenn bei einer neuen Regel nur eine Ausnahme einer früheren Regel wiederholt werde, so müsse man daraus folgern, daß die übrigen aufgehoben sein sollten; nun führe Justinian von seiner neuen Regel, daß eine Interzession ohne öffentliche Urkunde schlechthin nichtig sein soll, im princ. der l. 23. nur gerade jene eine Ausnahme ein, wenn die Frau etwas dafür erhalten habe, und darum dürften die übrigen Ausnahmen des SC. Vell. nicht auch als noch fortbestehend angenommen werden. Es ist ein Glück, daß die Theorie des Martinus noch auf bessere Argumente gestützt werden kann, denn das von Thibaut angeführte fällt darum zusammen, weil jener in l. 23. pr. entschiedene Fall, wie gesagt, gar keine wirkliche Ausnahme enthält.

2) Eben so unzweifelhaft scheint es mir, daß die l. 23. cit. auf solche Geschäfte keine Anwendung leiden kann, die an und für sich gar nicht als Interzession einer Frau erscheinen, und dem Gläubiger auch nicht als solche bekannt sind, wie z. B. wenn die Frau ein Darlehn aufnimmt, wie der Gläubiger glaubt, für sich selbst, in der That aber, um einem Andren zu kreditiren u. dgl. m. Man kann nicht ohne Grund sagen, daß solche Geschäfte nur erst durch die Mitwissenschaft und Mitwirkung des Gläubigers zu Interzessionen werden, und also ohne diese Kollussion ganz nach ihrer sonstigen Natur beurtheilt werden müssen. Daß aber auch namentlich Justinian in l. 23. cit. nicht an solche Fälle denken kann, geht insbesondre noch daraus hervor, daß er sich bei seiner neuen Formvorschrift gerade an die Gläubiger wendet, ihnen die Anwendung dieser Formen

anempfiehlt, und zu ihrem Nachtheil die Nichtigkeit der formlosen Interzession androht „nisi instrumento — — *accipiant homines* a muliere pro aliis confessionem“; „sin extra eandem observationem mulieres *acceperint* intercedentes“). Wie kann aber den Gläubigern die Anwendung einer Form befohlen werden in Fällen, von denen sie nicht wissen und nicht wissen können, daß sie für diese Form geeignet sind? und wie kann ihnen ein bedeutender Nachtheil angedroht werden wegen Unterlassung von Etwas, wozu sie sich gar nicht verpflichtet halten konnten? Man dürfte fast kein Geschäft mit einer Frau ohne öffentliche von drei Zeugen besiegelte Urkunde abschließen, weil ja begreiflich bei den allerverschiedenartigsten Geschäften möglicher Weise eine Interzession versteckt sein kann!

3) Es bedarf wohl keines besondren Beweises, daß durch die Nichtigkeits-Erklärung der l. 23. cit. blos die Klagen aus dem Interzessions-Geschäft wegfallen, während dagegen andre auf andren Rechtsgründen beruhende Rechtsmittel unbedenklich in Anwendung kommen können, und so steht also nichts im Wege, daß, wenn die Frau bei einer unförmlichen Interzession sich einer Arglist schuldig machte, deßhalb die actio de dolo gebraucht werden kann, oder wenn der Schuldner später der Frau das vergütet hat, wofür sie interzedirte, eine condictio statthaft ist u. dgl. m. Aus diesen richtigen Prämissen macht aber *Suse* cit. §. 48. den falschen Schluß, daß auch ein Minderjähriger, bei welchem eine Frau eine formlose, also nichtige Interzession einging, sich dagegen einer in integrum restitutio bedienen könne, und den nahe liegenden Einwand, daß es hier ja eben wegen der juristischen Nichtexistenz des Interzessions-Geschäfts schlechthin an allem Objekte der in integrum restitutio fehle, will er, aber freilich sehr unglücklich, durch die augenscheinlich grundlose Replik entkräften, „ut minor non tam restituatur contra singulam intercessionis speciem (den einzelnen Fall), quam contra jus singulare feminae et sublatae obligationis, quo vigente damnum esset passurus“!

4) Erst nach unsrer l. 23. — wie wenigstens aus der Reihenfolge der Konstitutionen geschlossen werden muß — hat Justinian in l. 24. und l. 25. h. t. zwei neue Ausnahmen von der Regel des SC. Vellejanum eingeführt, nämlich die intercessio pro libertate und pro dote (Anm. 1. nr. 8. und 9), und da fragt es sich nun, ob nicht wenigstens in diesen beiden Fällen die Frau auch aus einer unfeierlichen Interzession obligirt werde? Es ist schon oben bemerkt worden, daß über diese Frage selbst unter den Vertheidigern der richtigen Meinung Dissens herrscht, und nicht Wenige die Frau für obligirt halten. Ich kann dem nicht beistimmen, denn in beiden Gesetzen sagt der Kaiser schlechthin nichts mehr, als daß das Senatus-

konsultum Vellejanum hier nicht anwendbar sein solle (l. 24. cit.: „recte omni modo SC. Vellejanum in hoc casu tacere imperantes“, l. 25: „omni auctoritate Vellejani SCti in hac causa cessante“). Die ganze Theorie des SC. Vellej., Regel und Ausnahmen, kommt ja aber in Gemäßheit der l. 23. cit. nur dann zur Sprache, wenn eine öffentliche Urkunde errichtet ist, und so muß denn auch in diesen beiden Fällen die in der l. 23. für formlose Interzessionen angedrohte Nichtigkeit eintreten.

5) Daß eine eidliche Eingehung der Interzession die Nichtbeobachtung der in l. 23. vorgeschriebenen Formen unschädlich macht, liegt ganz im Geiste des kanonischen Rechts (Bd. I. §. 170. Anm.), und wird auch allgemein anerkannt. Wenn aber Viele glauben, daß auch Verzicht hier zulässig sei, und also auch eine ohne öffentliche Urkunde abgeschlossene Interzession durch beigefügten Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten für die Frau obligirend werde (s. Glück XV. S. 47. und die da Angeff.), so ist dies geradezu unmöglich, denn es läßt sich doch wahrlich nicht einsehen, wie Etwas, was juristisch gar nicht existent ist, und dessen Existenz durch die Beobachtung bestimmter Formen bedingt wird, durch einen Verzicht zur Existenz kommen könne! Von einem wirksamen Verzichte auf die weiblichen Rechtswohlthaten kann also verständiger Weise nur dann die Rede sein, wenn die Interzession in einer öffentlichen Urkunde vorgenommen, und die Frau also an und für sich obligirt ist.

Anm. 3. Ulpian in l. 2. pr. §. 1. h. t.:

> „Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est“,

erzählt, daß zuerst zwar durch Edikte von Augustus und Claudius Interzessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner verboten gewesen seien, daß aber nachher durch das SC. Vellejanum für alle Frauen eine genügende Rechtshilfe eingeführt sei. Daß hiernach jenes besondre Recht der Ehefrauen seit dem SC. Vellej. aufgehört hatte kann m. E. keinem gegründeten Zweifel unterliegen, und der neuerlich wieder von Hofmann in der Gießer Zeitschr. XIV. S. 226 fgg. und Kattenhorn a. a. O. S. 24 fgg. vertheidigten Meinung, daß vielmehr jene Edikte des Augustus und Claudius noch neben dem SC. Vellejanum fortbestanden hätten, widerspricht nicht nur die Ulpianische Stelle, wo jene früheren kaiserlichen Edikte offenbar nur als historischer Anknüpfungspunkt für das SC. Vellejanum angeführt werden, sondern auch der ganze Inhalt des Pandekten- und Kodextitels de SC. Vellejano, indem da durchgehends Interzessionen der Ehefrauen und andrer Frauen ganz gleich behandelt werden, so daß

wir ohne jene Ulpianische Stelle keine Ahnung davon hätten, daß einmal für Ehefrauen ein besondres Recht gegolten habe, vgl. auch Sintenis in Sell's Jahrbb. II. S. 374 fgg. Erst durch die als T. 3. abgedruckte Nov. 134. c. 8. (Auth. Si qua mulier C. de SC. Vell.) ist für das praktische Recht eine eigenthümliche Behandlung der Interzessionen der Ehefrauen begründet worden, indem hier Justinian vorschreibt: wenn eine Frau eine Schuldurkunde ihres eignen Mannes genehmige („εἴ τις γυνὴ ἐν δανειακῷ γραμματείῳ συναινέσει τῷ οἰκείῳ ἀνδρί"), oder sie unterschreibe und ihr Vermögen oder sich selbst dafür obligire, so solle dies durchaus nichts gelten, möge es einmal geschehen oder mehrmals wiederholt, und möge es eine Privat- oder eine öffentliche Schuld sein, sondern es solle so gehalten werden, wie wenn nichts geschrieben sei, es müßte denn klar erwiesen werden, daß das Geld in der Frau eignen Nutzen verwandt sei; vgl. auch *Athanas. Scholast.* Nov. Just. tit. IV. const. 22. (in *Heimbach* Anecd. I. p. 63: „Etiamsi saepenumero mulier viro mutuam pecuniam accipienti consentiat, vel se ipsam et res suas pro eo supponat, non tenetur, nisi liquido demonstratum sit, mutuam pecuniam in ejus rem esse versam"), *Theodor. Hermopol.* Nov. Just. nov. 134. nr. 20. (in *Zachariae* Anecd. p. 147: „Si mulier, quum vir ejus mutuam pecuniam sumat, consentiat et bona sua obliget, non tenetur, licet id saepius in eodem contractu fecerit, nisi forte probetur, pecuniam creditam in rem ejus versam esse"). Hiernach soll also die Interzession einer Ehefrau für ihren Ehemann stets null und nichtig sein, so daß von einer exc. SC. Vell. selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn auch die Formen der l. 23. C. h. t. gewahrt sind. Zur schärferen Einsicht in dies neue Recht scheinen aber noch folgende Bemerkungen nöthig:

1) Die einzige von Justinian zugelassene Ausnahme muß so aufgefaßt werden, daß sogleich bei der vom Manne kontrahirten Schuld die Verwendung zum Nutzen der Frau beabsichtigt, und auch nachher wirklich geschehen sei. In diesem Falle ist nun aber gar keine wahre Interzession im Sinne des *SC. Velli.* vorhanden, weil ja unter jenen Voraussetzungen die Frau ihr eignes Geschäft führt (s. oben S. 164 fgg.), und da nun doch der Kaiser gerade diesen Fall als den einzigen ausnimmt, so muß daraus gefolgert werden, daß im Uebrigen selbst solche Interzessionen unter das Verbot der Auth. fallen, welche im Geiste des SC. Vellej. gar nicht als eigentliche Interzessionen gelten, nämlich eben die Interzessionen, durch welche die Frau ihre eignen Geschäfte führt, und die Interzessionen, welche animo donandi abgeschlossen werden. Das Erstre wird namentlich von Wichtigkeit, wenn die Ehefrau etwas für ihre Verbürgung erhalten hat, in welchem Falle diese dennoch nichtig ist.

Und auch das Zweite, daß nämlich auch die animo donandi vorgenommene Interzession unter die Nichtigkeits-Erklärung der Auth. falle, ist nicht ohne alle Bedeutung, obwohl man freilich glauben könnte, daß solche Interzessionen schon aus andrem Grunde, nämlich wegen des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, nichtig sein müßten. Träfe aber blos dieser letztre Ungiltigkeitsgrund ein, so würden doch solche Interzessionen nicht selten in Folge der bekannten oratio Severi konvaleszieren, während dies jetzt wegen der durch die Auth. Si qua mulier begründeten Nullität nicht angenommen werden darf. — Das Resultat ist also: daß alle Interzessionen einer Ehefrau für ihren Ehemann, selbst solche, die gar nicht in die Sphäre des SC. Vellej. fallen, in Gemäßheit der neuen Justinianischen Vorschrift nichtig sind, und es rechtfertigt sich dies auch aus innern Gründen vollständig, da augenscheinlich bei Ehefrauen noch ganz besondre Rücksichten eintreten, die ein weiter gehendes Interzessions-Verbot gerade bei ihnen als sehr heilsam erscheinen lassen. Nur die eine Ausnahme läßt Justinian zu, wenn das Geschäft, bei welchem die Frau interzedirt, zu deren eignem Nutzen abgeschlossen ist, und in diesem Ausnahmsfall muß gewiß die Interzession selbst dann für giltig gehalten werden, wenn sie nicht in der Form der l. 23. C. h. t. abgeschlossen ist. Die abweichende Meinung Vieler, vgl. z. B. Thibaut §. 607, Wening §. 358. u. A. m. ist darum zu verwerfen, weil, wie wir oben (S. 176 fg.) sahen, diese Form überhaupt dann nicht in Betracht kommt, wenn die Frau ihr eignes Geschäft führt, und die Ehefrau in dieser einen Beziehung jeder andern Interzedentin gleichgestellt ist.

2) Wie jede Interzession unter die Vorschrift der Auth. fällt, so ist dies aber auf der andren Seite auch nur bei wirklichen Interzessionen einer Ehefrau der Fall, und wo einem Rechtsgeschäfte dieser Charakter überhaupt abgesprochen werden muß, da kann auch von der Anwendung der Auth. keine Rede sein. Daraus folgt:

a) Wenn das von der Ehefrau abgeschlossene Geschäft derartig ist, daß dasselbe nur erst durch die Kollusion des Gläubigers zu einer Interzession wird, der Gläubiger aber von diesen speziellen Umständen keine Kenntniß hat, so kann die Vorschrift der Auth. nicht angewendet werden, aus ganz ähnlichen Gründen, aus denen wir in der vorigen Anm. zu Nr. 2. (S. 177) auch die Anwendbarkeit der l. 23. C. h. t. in Abrede stellen mußten.

b) Namentlich muß nach diesem Grundsatze auch die, selbst h. z. T. noch sehr bestrittene Frage entschieden werden, ob dann, wenn Mann und Frau zusammen einen Darlehnskontrakt schließen, und eine gemeinschaftliche Urkunde darüber aufstellen, die Auth. Si qua mulier anwendbar sei? vgl. über die Literatur dieser Streit-

frage Spangenberg in der Gießer Zeitschr. Bd. II. Nr. 2. S. 47 fgg. (welcher sich selbst für die Anwendbarkeit ausspricht), und Hofmann ebendas. Bd. XIV. Nr. 10. S. 266 fgg. (welcher selbst die verneinende Meinung vertheidigt). Meines Erachtens kann von der Anwendbarkeit der Auth. in diesem Falle keine Rede sein, wenn nicht etwa die von dem Gläubiger belangte Frau den Beweis zu führen im Stande ist, daß ungeachtet der gemeinschaftlich ausgestellten Urkunde das Geschäft doch in der That nur für ihren Mann abgeschlossen, und dies auch dem Gläubiger wohl bekannt gewesen sei. Diejenigen, welche die umgekehrte Meinung vertheidigen, und die Frau von aller Verbindlichkeit lossprechen, wenn nicht der Gläubiger den Beweis führe, daß das aufgenommene Geld auch wirklich zum Nutzen der Frau verwendet sei, verkehren offenbar eine blose praesumtio hominis in eine praesumtio juris. Dazu berechtigt aber die Nov. 134. c. 8. nicht, indem dort, wie der Augenschein lehrt, nur von dem Falle die Rede ist, wenn die Frau einem vom Manne abgeschlossenen Darlehns-Geschäfte beitritt, und die darüber aufgenommene Urkunde nur als Interzedentin unterzeichnet, vgl. auch die oben mitgetheilten Stellen des Athanas. Scholast. und Theodor. Hermop. und s. *Julian.* Epit. const. 125: „Mulierem, licet pro marito in privato aut publico debito *intercedat*, non teneri, nisi manifeste probetur, quod pecunia in propria ejus utilitate expensa est"; vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 381 fgg., Busch im ziv. Arch. XXXI. S. 25 fgg. — Hätten Frau und Mann gemeinsam ein Darlehn aufgenommen, und sich in der Urkunde als Korrealschuldner verpflichtet, dann erscheint freilich diese Uebernahme einer Korreal-Obligation als eine nichtige Interzession der Frau, und sie darf blos auf die Hälfte belangt werden, wenn nicht der Gläubiger darthun kann, daß doch wirklich gerade der Ehefrau das ganze vorgeschossene Geld zu Gute gekommen sei, vgl. auch l. 17. §. 2. h. t.

3) Wenn Manche behaupten, daß die Nichtigkeits-Erklärung der Auth. sich nicht auf die in Anm. 1. zusammengestellten Ausnahmsfälle vom SC. Vellej. erstrecke, sondern in allen den Fällen, in denen eine interzedirende fremde Frau nicht die exceptio SC. Vellej. vorschützen könne, auch die interzedirende Ehefrau wirksam verpflichtet sei, vgl. *Böhmer* cit. c. III. §. 6. 7. (in Exercitt. cit. p. 409 sqq.) und *Windscheid* l. c. §. 9. p. 52 sqq., so ist diese Behauptung hier noch viel grundloser, als die ähnliche in Betreff der l. 23. §. 2. C. h. t., wovon in der vorigen Anm. die Rede war. Erwägt man, daß Justinian ganz unbedingt und unbeschränkt jede Interzession der Ehefrau für ihren Mann für nichtig erklärt, möge sie nach zwei Jahren wiederholt sein, oder nicht, möge darüber

eine Privat- oder eine öffentliche Urkunde errichtet sein, und wie er dann von dieser Vorschrift gerade nur eine einzige Ausnahme zuläßt: so muß es fast unbegreiflich erscheinen, wie jene Ansicht hat entstehen können, und wir dürfen uns nicht wundern, daß sie von jeher nur sehr wenige Vertheidiger gefunden hat. Das muß freilich auch hier, ähnlich wie bei l. 23. C. h. t. (s. Anm. 2. Nr. 3.) zugestanden werden, daß durch die Auth. nur die Rechtsmittel aus der Interzession für unstatthaft erklärt werden, daß aber allerdings die actio de dolo und ähnliche unbedenklich zulässig sind.

4) Von selbst versteht es sich, daß nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts die eidliche Interzession einer Ehefrau ungeachtet der Nov. 134. c. 8. unbedingt bindend ist, während ein Verzicht auf das s. g. beneficium Auth. Si qua mulier hier eben so unstatthaft erscheinen muß, als ein Verzicht auf das s. g. benef. l. 23. C. ad SC. Vell. Dies wird auch von der Praxis anerkannt, und nur eine eidliche Entsagung wird hier zugelassen, vgl. die bei *Böhmer* cit. c. III. §. 8. not. II. (in Exercc. p. 414.) und bei Glück XV. S. 47. Angeff., welche Modifikation sich denn auch insofern einigermaßen rechtfertigen läßt, weil im Grunde ein solcher eidlicher Verzicht nichts Andres, als eine eidliche Abschließung einer Interzession ist.

5) Es bedarf keiner besondren Ausführung, daß die Auth. Si qua mulier ohne Anwendung bleiben muß, wenn eine Wittwe für Schulden ihres verstorbenen Ehemanns interzedirt, indem nicht nur die Worte der Novelle eine zur Zeit der Interzession noch bestehende Ehe voraussetzen, sondern auch der Grund der Justinianischen Neuerung nur auf diesen Fall paßt. Eben so versteht es sich aber freilich auch auf der andern Seite von selbst, daß doch hier allerdings immer eine Interzession vorliegt, und also, wenn auch die speziellen Vorschriften der Nov. 134. c. 8. nicht anwendbar sind, doch die sonstigen gesetzlichen Prinzipien über Interzession der Frauen Platz greifen müssen. Doch sind auch diese Sätze bestritten! vgl. Glück XV. S. 49 fgg. und die dort zahlreich Angeff.

V. Von den Wirkungen der obligatio.

1) Von der Verbindlichkeit des Schuldners zur Zahlung.

Dig. XLVI. 3, Cod. VIII. 43. de solutionibus et liberationibus. — Koch II. S. 558 fgg., Unterh. I. S. 460 fgg., *Molitor* III. p. 195 sqq.

A) Voraussetzungen der Zahlung.

a) In Betreff der Subjekte. §. 582.

Anm. 1. Es ist streitig, ob und inwiefern der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit werde? Während Manche so weit gehen, daß sie in solchem Falle ganz unbedingt eine Befreiung annehmen, selbst, wenn der eigentliche Gläubiger die Zahlung an seinen Gläubiger bestimmt verboten hat, vgl. z. B. *Leyser*, Medit. ad Pand. spec. 528. med. 3, hat umgekehrt Müller im ziv. Arch. XV. S. 263 fgg. ausführlich den Lehrsatz vertheidigt, der Schuldner werde nur dann durch Zahlung an den creditor creditoris befreit, wenn der Gläubiger seine Einwilligung zu der Zahlung vorher gebe, oder nachher durch Ratihabition ausspreche, oder die Ratihabition dolo malo also in einem Falle verweigere, wo er den Schuldner arglistiger Weise veranlaßt habe, an seinen Gläubiger zu zahlen, und also der Schuldner opera creditoris sein Geld verlieren würde. Man kann keiner dieser beiden Theorieen beistimmen. So viel ist freilich unleugbar, daß durch eine Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers eine unmittelbare Liberirung nur dann bewirkt werden kann, wenn der eigentliche Kreditor seine Zustimmung dazu gegeben hat. Eine mittelbare Befreiung kann aber weder mit Leyser allgemein, noch auch mit Müller blos im Falle arglistig verweigerter Ratihabition angenommen werden, sondern es muß darüber der einfache Grundsatz entscheiden: wenn der Schuldner dadurch, daß er eine Schuld seines Gläubigers abträgt, als negotiorum gestor desselben erscheint, und folglich Ansprüche erhält, die er allenfalls auch mit der actio negotiorum gestorum geltend machen könnte, so kann er begreiflich diese Ansprüche auch auf dem Wege der Kompensation durchsetzen, und so mittelbar seine Liberirung erwirken. Alles muß also demgemäß nach den Grundsätzen der negotiorum gestio bemessen werden, und darnach versteht es sich von selbst, daß dann, wenn der eigentliche Gläubiger eine solche Zahlung verboten hat, oder wenn gar kein Nutzen für denselben daraus ersichtlich ist — wie namentlich, wenn derselbe seinem Gläubiger nur naturaliter haftete, — von einer Befreiung keine Rede sein kann, daß aber abgesehen hiervon dieselbe stets eintreten muß, wenn auch nicht gerade der Gläubiger den Schuldner arglistig zur Zahlung an seinen Gläubiger verlockte. Mit diesem, aus allgemeinen Prinzipien sich von selbst ergebenden Resultate stimmen denn auch vollkommen die beiden Gesetze überein, die unsres Wissens allein die vorliegende Frage

unmittelbar berühren, nämlich die von Müller übersehene l. 11. §. 5. de pignor. act. (13, 7), und die von diesem Schriftsteller viel zu eng aufgefaßte l. 6. de doli mali et met. exc. (44, 4). Vgl. auch Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 383. — Wenn jetzt Sintenis II. S. 405. Anm. 75. die Meinung Leyser's wieder vertheidigt, und zwar besonders mit Berufung auf l. 28. de solut. (wornach der Schuldner liberirt wird, welcher an den Protutor zahlte, „si pecunia in rem pupilli pervenit"), und auf l. 34. §. 9. eod. (wornach Liberirung eintritt, „si praedo id, quod a debitoribus hereditariis exegerat, petenti hereditatem restituerit"), vgl. auch l. 31. §. 5. de her. pet. (5, 3): so kann aus diesen Stellen doch gewiß nicht, wie Sintenis will, gefolgert werden, daß der Schuldner immer dann eine exceptio doli habe, wenn das von ihm an einen Dritten Gezahlte dem Gläubiger irgend wie zu Gute gekommen sei, sondern offenbar ist da nur gesagt, daß dann, wenn der Schuldner irrthümlich an einen Andren, als den wahren Gläubiger Zahlung geleistet, und dieser Andre das Empfangene als vom Schuldner gezahlt an den Gläubiger herausgegeben hat, dies ganz dieselbe Wirkung haben soll, wie wenn der Schuldner unmittelbar an den wahren Gläubiger gezahlt hätte; s. auch l. 61. eod. Daß aus diesem ganz unbedenklichen und mit allgemeinen Prinzipien völlig übereinstimmenden Satze die Leyser'sche Meinung keinerlei Unterlage, und am wenigsten „eine über allen Zweifel erhabene" gewinnen kann, bedarf wohl keiner besondren Ausführung; vgl. auch Busch im ziv. Arch. XXXI. S. 12 fgg.

Anm. 2. Wenn in einem Obligations-Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen noch eine dritte Person in der Art zugefügt wird, daß an sie ebenfalls die Zahlung geschehen könne, so nennt man diese dritte Person *adjectus* oder *solutionis causa adjectus*, und ein solches Verhältniß wird schon dann angenommen, wenn sich Jemand „für sich oder einen Anderen" etwas versprechen läßt („mihi aut Titio centum dare spondes?"). Beachtet man hier den Hauptgrundsatz, daß aus einem Vertrage zwischen zwei bestimmten Personen ein Dritter kein Forderungsrecht gewinnen kann, unter den Kontrahenten selbst aber ein Vertrag, durch welchen eine Leistung an einen Dritten versprochen wird, dann wirksam ist, wenn dessen Erfüllung für die Kontrahenten ein Interesse hat, so ergibt sich das Rechtsverhältniß des Adjektus von selbst dahin, daß derselbe zwar durchaus kein Forderungsrecht gewinnen kann — denn er hat nicht selbst kontrahirt —, daß aber der Debitor an denselben zu zahlen vollkommen berechtigt ist, und der Gläubiger ihm diese Befugniß auch gar nicht entziehen darf. Es unterscheidet sich also der Adjektus eben so bestimmt von dem blosen Mandatar — denn das

Recht des Schuldners, an diesen zahlen zu dürfen, hört mit dem Verbote des Gläubigers von selbst auf —, als auch, was Thibaut in Braun's Erörtr. S. 115. ganz zu verkennen scheint, auf der andren Seite von dem Adstipulator, denn dieser ist selbst auch Kontrahent, und durch sein Hinzutreten wird im Wesentlichen eine aktive Korreal-Obligation begründet, die sich nur dadurch besonders auszeichnet, und einiger Maßen der adjectio nähert, daß der Adstipulator vermöge des besondern Mandats-Verhältnisses zwischen ihm und dem Stipulator zur Herausgabe des Empfangenen an diesen Letztren verpflichtet ist, Gai. III. 110 sqq. 117. vgl. mit §. 100. — Was nun aber noch das Rechtsverhältniß des Adjektus im Einzelnen anbelangt, und zwar

I. die Voraussetzungen einer giltigen Adjektion, so muß

1) vor Allem die obligatio selbst giltig sein, und namentlich muß ein bestimmtes Subjekt vorhanden sein, welches die Forderung aus der Obligation erwirbt, und darneben dann noch alternativ eine solche andre Person zugefügt werden, die die Forderung nicht erwerben kann. Wenn also beide in der Stipulation alternativ genannten Personen das Forderungsrecht selbst erwerben können, z. B. wenn ein Sklave sich alternativ für seine beiden Herren etwas versprechen läßt („Titio aut Sempronio X dare spondes?"), so ist die obligatio ungiltig, und von einer adjectio kann keine Rede sein, „nam cum uterque obligationis capax sit, non invenimus, quis adjectus sit, quia non est, qui petere possit", l. 12. de stipul. serv. (45, 3), vgl. l. 9. §. 1, l. 10. 11. 13. 21. eod. Anders aber müssen die Fälle entschieden werden, wenn ein Haussohn sich oder seinem Vater, oder wenn ein Vater sich oder seinem Haussohn etwas versprechen läßt, denn im erstren Falle ist eine obligatio zwar giltig vorhanden, aber von einer adjectio doch nur dann die Rede, wenn das aus dem Vertrage hervorgehende Forderungsrecht zu den selbstständigen Rechten des kontrahirenden Sohnes, z. B. zu dem peculium castrense gehört, l. 95. §. 5. de solut. (46, 3); im zweiten Falle aber ist der Haussohn allerdings Adjektus, l. 95. cit., l. 56. §. 2. de V. O. (45, 1).

2) Besondere Requisite in der Person des Adjektus gibt es nicht, und auch Pupillen, Wahnsinnige u. dgl. können giltig adjizirt werden, und es kann dann solchen Personen wirksam ohne Zuziehung des Tutor oder Kurator gezahlt werden, l. 11. de solut. (46, 3), ja es wird sogar der Schuldner durch die Zahlung an den Vormund in einem solchen Falle nur dann befreit, wenn eine in rem versio in das Vermögen des Pupillen oder Wahnsinnigen nachgewiesen werden kann, l. 95. §. 7. eod.

3) In Betreff des Objekts wird natürlich vorausgesetzt, daß dasselbe von der Art sei, daß dabei auf die Person des Empfängers nichts ankommt, vgl. z. B. l. 10. §. 1, l. 12. de operis libert. (38, 1). Doch kann auch für den Adjektus ausdrücklich ein anderes Objekt bestimmt werden, und wenn dies freilich auch zivilrechtlich nicht anging, l. 44. §, 4. de O. et A. (44, 7), l. 141. §. 5. de V. O. (45, 1), so wird doch der Schuldner, welcher dieses andre Objekt an den Adjektus leistet, ope exceptionis geschützt, l. 141. cit., l. 34. §. 2, l. 98. §. 6. de solut. Wenn für den Kreditor und den Adjektus ein verschiedenes Quantum bestimmt ist, so muß der Debitor, wenn für den Adjektus weniger ausgesetzt ist, doch der vermuthlichen Absicht der Kontrahenten gemäß das Plus noch an den Kreditor nachzahlen, während er im umgekehrten Falle zwar durch die Leistung des Wenigeren an den Kreditor selbst vollkommen liberirt wird, will er aber dem Adjektus zahlen, diesem das Plus zu leisten verbunden ist, l. 98. §. 5. de solut.

4) Daß auch Nebenbestimmungen der adjectio giltig hinzugefügt werden können, versteht sich von selbst, und namentlich ist dies der Fall mit Bedingungen, l. 141. §. 7 sqq. de V. O., l. 98. §. 4. de solut., Tagesbestimmungen, l. 98. §. 4. cit., l. 141. §. 6. de V. O. — in welchem Falle gerade an dem bestimmten Tage, nicht früher und nicht später, an den Adjektus gezahlt werden muß —, und Ortsbestimmungen, l. 98. §. 6. de solut., in welchem Falle der Kreditor, wenn mit Bewilligung des Adjektus doch an einem andren Orte geleistet worden ist, entweder eine nochmalige Leistung fordern kann, wenn die Prästation durch die Ortsveränderung selbst eine andre wird, oder doch das interesse loci in andren Fällen, l. 2. §. 7. de eo, quod certo loco (13, 4).

II. Was die Wirkungen einer giltig geschehenen adjectio anbelangt, und zwar

1) das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner, so hat hier, wenn nicht etwas Andres ausdrücklich verabredet wurde, l. 118. §. 2. de V. O., der Schuldner, oder der an dessen Statt Verpflichtete, z. B. der de peculio belangte Vater, l. 59. de solut., die freie Befugniß, entweder an den Gläubiger oder an den Adjektus zu zahlen, und es kann ihm dieses Wahlrecht auch nicht durch ein Verbot des Gläubigers entzogen werden, §. 4. J. de inutil. stip. (3, 20), l. 16. pr. de fidej. (46, 1), l. 12. §. 3, l. 106. de solut. Hat er das Letztre in der gehörigen Art gethan, so wird er gerade so ipso jure liberirt, als wenn er dem Gläubiger selbst gezahlt hätte, §. 4. J. cit., l. 59. de solut.

2) Was das Verhältniß des debitor zum adjectus anbelangt, so ist hier der Hauptsatz, daß der Adjektus in gar keinem Obligations-

Verhältniß mit dem Schuldner steht. Er kann also nie auf die Leistung klagen, l. 7. §. 1. de pec. const. (13, 5), l. 10. de solut., und es kann ihm weder ein Bürge, l. 23. de fidej. (46, 1), noch ein Pfand bestellt werden, l. 23. de pignor. (20, 1), was sich von selbst versteht, da ja in seiner Person keine Prinzipal-Obligation begründet ist. Eben so geht daraus auch von selbst hervor, daß der Adjektus über die an ihn zu machende Leistung schlechthin nicht disponiren darf, und er kann also keine Novation, l. 10. de novat. (46, 2), l. 10. de solut., keine Acceptilation, l. 10. de solut., kein Konstitutum über sie eingehen, l. 7. §. 1. de const. pec. (13, 5), er kann nicht mit ihr kompensiren u. dgl. m. Das ganze Verhältniß beschränkt sich also darauf, daß der Schuldner das Recht hat, sich durch Zahlung an den Adjektus vollständig zu liberiren, wobei er aber doch streng an die Person gebunden ist, so daß er also nicht etwa durch die Zahlung an die Erben des adjectus, l. 55. de V. O., l. 81. pr. de solut., ja nicht einmal unbedingt durch Zahlung an die Vormünder desselben (s. oben bei I. 2.) von seiner Obligation befreit wird.

3) Was endlich noch das Verhältniß des Kreditor und des Adjektus zu einander anbelangt, so bestimmt sich dies einfach dahin, daß der Kreditor das dem Adjektus Gezahlte mit der actio mandati von demselben abfordern kann, §. 4. J. de inut. stip. (3, 20), l. 131. §. 1. de V. O., l. 98. §. 5. fin. de solut. Hierbei ist es auch nicht nöthig, daß ein Mandatsgeschäft ausdrücklich zwischen ihnen abgeschlossen wird, denn in der adjectio selbst liegt schon ein Auftrag von Seiten des Kreditor, und in der Annahme der Zahlung liegt die Acceptation dieses Auftrags.

III. Das Verhältniß des adjectus hört nicht nur dadurch auf, daß die obligatio selbst auf irgend eine Art erlöscht, sondern auch durch Litiskontestation mit dem Kreditor, l. 16. pr. de fidej., l. 57. §. 1. de solut., durch den Tod des adjectus, l. 81. pr. eod., durch Ablauf des für die Zahlung an den adjectus festgesetzten Tags, und durch eine solche Veränderung in der rechtlichen Lage des adjectus, daß dadurch dem Kreditor die Verfolgung seiner rechtlichen Ansprüche gegen den Adjektus erschwert würde, wie z. B. wenn sich derselbe arrogiren ließe, vgl. l. 56. §. 2. de V. O. mit l. 38. pr., l. 95. §. 6. de solut. —

Ueber das Ganze vgl. *Donell.*, comm. j. c. lib. XVI. c. 10. §. 31 sqq., *Rudelius*, de adjecto. Altd. 1692, *Majans*. de adjecto solut. gratia; in dessen disput. jur. tom. I. nr. 8, und besonders Brandis im Rhein. Mus. Bd. V. S. 257 fgg.

Noch mag hier eine Schlußbemerkung Platz finden. Wir haben bisher den Vertrag: spondesne mihi aut Titio dare? so aufgefaßt,

daß der Titius als Adjektus erscheint. Es wird jedoch in den Quellen noch eine andre Auslegung als möglich erwähnt, daß nämlich ein solcher Vertrag als ein bedingter anzusehen sei, so wie wenn gesagt wäre: spondesne mihi dare, si Titio non dederis, vgl. l. 141. §. 6. de V. O., l. 98. §. 5. de solut. Daß dann, wenn eine solche Auslegung angenommen werden darf, ganz andre Resultate zum Vorschein kommen müssen, leuchtet von selbst ein, und so muß z. E. um nur ein Beispiel statt aller anzuführen, bei der Stipulation: spondesne mihi decem, aut Titio quinque dare? nach dieser Auslegung der Schuldner durch die Zahlung von fünf an den Titius vollkommen liberirt werden, was sich anders verhält, wenn man den Titius als Adjektus ansieht, l. 98. §. 5. cit. Es wird aber ausdrücklich in den Quellen bemerkt, und geht auch schon aus der Natur der Sache hervor, daß diese anderweite Interpretation durchaus nur dann angenommen werden darf, wenn in einem konkreten Falle aus speziellen Gründen die Absicht der Paziszenten, einen bedingten Vertrag abschließen zu wollen, erwiesen werden kann, l. 98. §. 5. cit., vgl. **Brandis** a. a. O. S. 260, S. 282 fgg., S. 287.

---

b) In Betreff des Gegenstandes. §. 583.

Anm. 1. Ueber **Stückzahlung** s. **Gesterding**, Ausbeute III. S. 410 fgg., **Sintenis** II. S. 54. Not. 41, **Savigny** I. S. 322. — Ueber das s. g. *beneficium dationis in solutum*: Nov. 4. c. 3, J. R. A. §. 172; **Marezoll** in Löhr's Mag. IV. S. 320 fgg., **Rubo** in Kamptz Jahrb. XXII. S. 3 fgg. — Ueber das **Zahlungsobjekt bei** *obligationes faciendi*: **Sintenis** in Gießer Zeitschr. XI. S. 20 fgg.

Anm. 2. Ueber **erzwungenen Nachlaß** vgl. *Lauterbach* in dissertt. acad. I. no. 60, **Dabelow**, ausführl. Entwurf der Lehre vom Konkurs S. 283 fgg. S. 558 fgg., **Happel**, Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden, Gießen 1799. Abschn. II., v. **Berg**, jurist. Beobacht. Th. IV. Nr. 25. 26 und 27, **Schweppe**, Konkurs §. 19 fgg., **Heffter** im ziv. Arch. X. S. 337 fgg., **Spangenberg** in der Gießer Zeitschr. VI. S. 226 fgg., **Pfeiffer** prakt. Ausführ. III. 1. VIII. 3, **Puchta** Konkursproz. S. 440 fgg., **Bayer** Theorie d. Konkursproz. §. 38 fgg. — Einige Schwierigkeit hierbei macht l. 58. §. 1. mandati (17, 1):

Paulus. „Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore majore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant absente eo creditore, apud quem mandator extiterat; quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur justa ex causa, eaque exceptio et fidejussori danda esset et mandatori. Sed quum proponas, eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum praetoris; nec enim, si quis dixerit, summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestiturus est. Plane, si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est; sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem".

Paulus behandelt hier die Frage, ob, wenn durch die Majorität der Gläubiger ein Nachlaß bewilligt worden ist, der Mandator oder Bürge sich eben so, wie der Hauptschuldner darauf berufen dürfe? Für den Fall, wenn der Gläubiger, welchem der Bürge bestellt ist, bei den Verhandlungen gegenwärtig war und in den Nachlaß eingewilligt hat, wird die Frage unbedenklich bejaht. Anders aber verhalte es sich, wenn jener Gläubiger nicht gegenwärtig gewesen sei, denn in diesem Falle könne ihm sein Wahlrecht — entweder den Schuldner oder den Bürgen anzugreifen —, eben so wenig entzogen werden, wie ein Pfand oder Privilegium, denn auch, wenn er gegenwärtig gewesen wäre, habe er ja darauf provoziren, und das Dekret des Prätor sich verbitten können. Der mögliche Einwand, daß durch diese Entscheidung das Interesse des Schuldners gefährdet werde, weil der Bürge, welcher das Ganze an den Gläubiger zahlen müsse, auch seine Regreßklage gegen den Schuldner auf das Ganze richten werde, und dieser also mittelbar doch den Betrag der ganzen Forderung entrichten müsse, sei aber darum unhaltbar, weil natürlich, auch wenn der Bürge das Ganze geleistet habe, seine Regreßklage doch nur bis zum akkordirten Theile zugelassen werden könne, so daß also, wenn man den Bürgen nur blos bis zu diesem Theile haften lassen wollte, dadurch nicht für den Schuldner, sondern nur für den Bürgen ein Vortheil erwachsen würde. Habe freilich der Gläubiger von dem Schuldner selbst das eingetrieben, was dieser in Gemäßheit des Majoritäts-Beschlusses zu leisten habe, so könne er nun allerdings den Rest nicht mehr vom Bürgen fordern, indem man aus jenem Schritte des Gläubigers folgern müsse, daß er sich nachträglich dem

Nachlaßvertrage habe anschließen wollen. So weit **Paulus**, dessen Entwicklung zu folgenden einfachen Ergebnissen hinführt:

1) Wenn der Gläubiger selbst in den Nachlaß eingewilligt hat, sei es von Anfang an, oder sei es, daß er nachträglich demselben hinzutrat, so kann ihm der Bürge eben so gut, wie der Hauptschuldner die exceptio pacti entgegensetzen.

2) Wenn der Gläubiger sich sein Recht, den Bürgen belangen zu dürfen, vorbehalten hat, so verbleibt ihm dasselbe auch trotz des Nachlaßvertrags. Natürlich aber muß auch ganz dasselbe gelten, wenn er überhaupt gegen den Nachlaß stimmte, aber durch die Majorität überwunden wird, denn daß in diesem Dissens sich sein Wille ausspricht, sein ganzes Recht ungeschmälert zu erhalten, leuchtet von selbst ein.

3) Wenn der Gläubiger bei den Verhandlungen gar nicht gegenwärtig war, so wird er wie ein solcher angesehen, welcher dissentirt hat, aber überstimmt worden ist, d. h. er muß sich zwar von dem Schuldner selbst, aber nicht auch von dem Bürgen, die exceptio pacti gefallen lassen.

An diesen Grundsätzen ist auch sicher durch das Justinianische beneficium excussionis nichts weiter geändert worden, als daß jetzt der dissentirende oder abwesende Gläubiger sich immer zuerst gegen den Hauptschuldner wenden, und von diesem den durch die Majorität bestimmten Theil abholen muß, dann aber doch unbedenklich den Rest von den Bürgen abfordern darf, denn daß jetzt in jener **nothwendigen** Vorausklage kein Beitritt zu dem Nachlaß mehr gefunden werden kann, und daß also die Schlußbemerkung von **Paulus** in l. 58. cit. jetzt nicht mehr paßt, versteht sich von selbst. Vgl. auch v. **Berg** a. a. O. Nr. 26. —

Es zieht aber die l. 58. cit. auch noch von einer andern Seite unsre Aufmerksamkeit auf sich. Paulus vergleicht da nämlich den Fall, wenn eine Forderung durch Bürgschaft gesichert ist mit dem andren, wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht oder Privilegium zusteht. und stellt da den Satz auf, daß das Recht des abwesenden Gläubigers, den Bürgen auf das Ganze zu belangen, eben so wenig geleugnet werden dürfe, als die Fortdauer des Pfandrechts oder Privilegiums. Nun ist es zwar allerdings unzweifelhaft, daß das **Pfandrecht** des Gläubigers durch den von der Majorität erzwungenen Nachlaß nicht angegriffen wird. In Betreff des **Privilegiums** aber haben wir einen Ausspruch von **Ulpian** in l. 10. pr. de pact. (2, 14), wornach auch der privilegirte Gläubiger sich dem Majoritäts-Beschluß unterwerfen muß, und also trotz seines Privilegs doch nur den akkordirten Theil von dem Schuldner einheben darf;

Ulpian. „Rescriptum autem D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo, si quidem absentes sint? Num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio et contra absentes. Et repeto, ante formam a D. Marco datam Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt".

Einige nehmen an, daß Ulpian in dieser letztren Stelle nur das Recht vor Marcus darstelle, während Paulus in l. 58. cit. auf das neuere durch Reskripte von Marcus geänderte Recht hinweise, so daß also die l. 10. cit. als ein blos historisches Fragment angesehen werden müsse, vgl. *Cujac.* in lib. IV. Quaest. Paul. ad l. 58. cit. (opp. V. p. 987), und dieser Meinung neigt sich auch Unterholzner I. S. 496. zu. Meines Erachtens geht aber aus l. 10. cit. deutlich genug hervor, daß Ulpian, indem er den Inhalt des Reskripts von Pius anführt, nicht die Absicht hat, ein Stück Rechtsgeschichte mitzutheilen, sondern daß er vielmehr der Meinung ist, daß jenes Reskript von Pius auch noch nach den von Marcus eingeführten Neuerungen vollkommen anwendbar ist. Die bei Weitem meisten Interpreten gelangen deßhalb auch zu dem umgekehrten Resultate, daß nämlich für das Justinianische Recht gerade l. 10. cit. als normgebend angesehen werden müsse, und die l. 58. cit. wird dann damit entweder so vereinigt, daß man unter dem „privilegium" ein privilegium *pignoris*, oder wohl auch gesetzliche Hypotheken versteht — eine Auslegung, die schon bei den Griechen vorkommt, vgl. Schol. ad Basil. XIV. 1. fr. 58. bei Heimb. II. p. 139, und die auch in der Glosse ad l. 10. und l. 58. citt. angedeutet wird —, oder so, daß man als den Sinn der l. 58. citt. nur den annimmt, daß den privilegirten Gläubigern in Betreff der herabgesetzten Summe ihr Privilegium verbleibe, *Noodt*, de pact. c. 21, *Vinnius*, de pact. c. 17. num. 8, *Schult.*, Notae ad Dig. ad l. 10. cit. (tom. I. p. 342), Puchta, Pandekten §. 297. Will man auch nicht diesen Vereinigungs-Versuchen beistimmen — und sie lassen in der That sehr viele Zweifel und Bedenklichkeiten übrig — so muß man doch im Resultate gewiß einverstanden sein, denn die l. 10. cit. ist m. E. für das Justinianische Recht schon darum vorzuziehen, weil in ihr unsre Frage ex professo entwickelt wird, während in l. 58. cit. davon nur ganz gelegentlich, und in einem Paar vergleichsweise hingeworfenen Worten die Rede ist. —

c) In Betreff des Orts. §. 584.

Dig. XIII. 4. de eo, quod certo loco dari oportet, Cod. III. 18. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit. — *Stryk*, de loco solutionis. Hal. 1705. — *Donell.*, ad tit. de eo quod c. l. d. o., in opp. X. p. 1057 sqq., *Magnus*, Rational. et Different. jur. civ. lib. I. c. 14 sqq., in Meerm. thes. III. p. 280 sqq., *A. Faber*, de Errorib. Pragm. dec. XC. et XCI., Glück XIII. S. 301 fgg., Gans über röm. Obligat. R. S. 70 fgg., Bethm.-Hollweg, Vers. über einzelne Theile der Theorie des Zivilproz. S. 17 fgg., Fritz zu Wening Bd. II. S. 122 fgg., Unterh. I. S. 222 fgg., *Molitor* I. p. 420 sqq., Savigny Syst. VIII. S. 209 fgg., Oblig. I. S. 508 fgg. Vgl. auch Wächter Erörtr. II. S. 57 fgg., Heimbach in Gieß. Zeitschr. N. F. VI. S. 114 fgg.

d) In Betreff der Zeit.

aa) Von der Zeit der Zahlung im Allgemeinen. §. 585.

Unterh. I. S. 224 fgg., Savigny I. S. 516 fgg. Vgl. auch Schaffrath prakt. Abhh. S. 21 fgg., Arnold prakt. Erörtr. S. 533 fgg.

bb) Insbesondere.

aaa) Von der temporären Suspension der Zahlung wegen erzwungener Stundung, Moratorien, cessio bonorum. §. 586.

Dig. XLII. 3. de cessione bonorum, Cod. VI. 71. qui bonis cedere possunt. — Ueber erzwungene Stundung und Moratorien: *J. H. Böhmer*, de literis respirat., in Exerc. ad Pand. III. ex. 46. p. 159 sqq., Dabelow, Konkurs S. 151 fgg., S. 500 fgg., Happel, von dem Verfahren, Konkursproz. abzuwenden. Gieß. 1799. Abschn. I., Schweppe, Konkurs §. 13

fgg., Mittermaier im ziv. Arch. XVI. 17, Puchta Konkursproz. S. 218 fgg., Pfeiffer prakt. Ausführ. IV. 3, Holzschuher Theorie u. Kasuistik Bd. II. Abth. 2. S. 190 fgg. — Ueber cessio bonorum: Dabelow, Konkurs S. 111 fgg., Schweppe, Konkurs §. 3. 28, Holzschuher a. a. O. S. 211 fgg.

bbb) Von dem commodum repraesentationis (interusurium). §. 587.

Fratr. *Becmannorum* tract. mathem. jurid. de interusurio. Gött. 1784. 4., Schrader, ziv. Abh. Nr. 2, F. Zachariä, über die richtige Berechnungsart des Interusur. Greifswalde 1831, Weiske's Rechtslex. V. S. 636 fgg., Oettinger im ziv. Arch. XXIX. S. 33 fgg., Keil d. Interusurium. Jena 1854.

Anm. Wenn Jemand eine Geldsumme an einem bestimmten späteren Termine schuldig ist, und er zahlt statt dessen sogleich, so ist es einleuchtend, daß daraus für den Schuldner ein Nachtheil, für den Gläubiger aber ein Vortheil erwächst, denn der Erste hätte ja in der Zwischenzeit bis zum Zahlungstermine Zinsen ziehen können, die ihm jetzt entgehen, und der Zweite kann in dieser Zeit das empfangene Geld wirklich verzinslich anlegen, und hat also jedenfalls am Zahlungstage mehr, als er zu fordern hat. Der Betrag eines solchen durch Früherzahlung für den Gläubiger erwachsenden Vortheiles, und resp. des dem Schuldner dadurch zugehenden Nachtheiles ist das Interusurium, das commodum oder incommodum repraesentationis (in der heutigen kaufmännischen Sprache Rabatt oder Diskonto), und es ist eine in mehrfacher Beziehung interessante und praktisch wichtige Frage, wie dieses Interusurium zu berechnen sei?

I. Legt man bei dieser Ermittlung den späteren Fälligkeits-Termin zu Grunde, fragt man also, wieviel zu dieser späteren Zeit der Gläubiger durch die Früherzahlung gewonnen, wieviel der Schuldner verloren habe, so versteht sich die Antwort von selbst, daß das Interusurium die Summe sämmtlicher in der Zwischenzeit gezogener Zinsen beträgt, und die Berechnung kann also nicht die mindeste Schwierigkeit machen. Setzen wir, es wäre Jemand 1000 Fl. am 1. Januar 1855 schuldig; er zahlte aber dieselben schon am 1. Jan. 1853, und es soll nun jetzt, nachdem der Fälligkeits-Termin eingetreten ist, aus irgend einem Grunde ermittelt werden, wieviel

der Gläubiger durch jene Früherzahlung gewonnen, und der Schuldner verloren habe: so ist es klar, daß dieser Gewinn auf der einen, und der Verlust auf der andern Seite in den zweijährigen Zinsen jenes Kapitals besteht, wozu dann etwa noch die einjährigen Zinsen von den nach dem ersten Jahre fällig gewordenen Zinsen hinzukommen können, und nehmen wir also etwa die Zinsen zu 5 pC. an, so beträgt das Interusurium in unsrem Beispiele am 1. Jan. 1855 volle 100, und, wenn die Zinseszinsen mitgerechnet werden dürfen, sogar 102½.

II. Ganz anders aber muß sich begreiflich die Rechnung stellen, wenn nicht der Fälligkeits-Termin, sondern der Zeitpunkt der antizipirten Zahlung (der repraesentatio) zu Grunde gelegt wird, m. a. W. **wenn in irgend einem früheren Zeitpunkte der wahre Werth einer erst später fällig werdenden Forderung ermittelt werden soll.** Setzen wir, in unsrem obigen Beispiele kommen Schuldner und Gläubiger überein, es solle der Schuldner bei seiner am 1. Januar 1853 vorzunehmenden Früherzahlung sich das Interusurium abziehen: so versteht es sich von selbst, daß er jetzt nicht 100 oder gar 102½ abziehen kann, also nicht soviel, wie er **später** am Fälligkeits-Termine haben würde, wenn er die Zahlung nicht antizipirte: denn wie der Schuldner durch solchen Abzug augenscheinlich einen ungebührlichen Gewinn machen würde, indem er am Verfalltage nicht blos die 100 oder 102½, sondern auch die zweijährigen Zinsen dieser Summe hätte, eben so träfe den Gläubiger der offenbare Nachtheil, daß dieser am Verfalltage seine vollen 1000 nicht beisammen hätte, indem mit den 900 oder 897½ in zwei Jahren keine 100 oder 102½ erworben werden. Die s. g. Pinckard'sche oder Carpzov'sche Berechnungsart des Interusuriums, wobei kein Unterschied gemacht wird, ob der Augenblick der wirklichen Zahlung oder der spätere Verfalltag zu Grunde gelegt wird, sondern das Interusurium immer in dem vollen Betrage der Zinsen der Zwischenzeit bestehen soll, vgl. *Carpzov*, Decis P. 3. dec. 275, ist also freilich ganz unhaltbar, und findet auch wohl h. z. T. keinen Vertheidiger mehr.

III. Offenbar kann vielmehr für den Fall, wenn bei der Berechnung des Interusuriums nicht der Augenblick der Fälligkeit, sondern ein früherer Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird, der leitende Grundsatz nur der sein, daß von der ganzen am Verfalltage schuldigen Summe jetzt soviel abgezogen wird, daß die übrigbleibende Summe, zusammengenommen mit den von dieser Summe in der Zwischenzeit zu ziehenden Zinsen, am Verfalltage gerade das schuldige Kapital ausmacht. Die Summe, welche in Folge dieses Grundsatzes abgezogen wird, bildet das Interusurium, und dieses muß also so groß sein, daß es, zusammengenommen mit den in der Zwischenzeit davon

zu ziehenden Zinsen, soviel beträgt, als der Schuldner gewonnen hätte, wenn er das schuldige Kapital gerade erst am Verfalltage gezahlt hätte.

IV. Wenden wir diesen Grundsatz, dessen Richtigkeit nicht wohl bestritten werden kann, und h. z. T. auch nicht mehr bestritten wird, zunächst auf den einfachsten Fall an, wenn zwischen dem früheren Zeitpunkte, an welchem das Interusurium zu berechnen ist, und dem Verfalltage gerade nur ein Zinstermin zwischenliegt? Setzen wir also z. B. es ist Jemand am 1. Januar 1855 die Summe von 100 Fl. schuldig, und es soll der wahre Werth dieses Kapitals am 1. Januar 1854 ermittelt werden, so daß dabei der Zinsfuß von 5. p. C. zu Grunde gelegt wird: so wird diese Aufgabe durch folgende einfache Proportion gelös't: wie sich das schuldige Kapital mit Einschluß der jährigen Zinsen, zu dem schuldigen Kapital ohne die Zinsen verhält, so verhält sich dieses letztre zu dem gesuchten Kapital. Also in unsrem Beispiele:

$$105 : 100 = 21 : 20 = 100 : x,$$

so daß demnach jetzt das gesuchte Kapital $= \frac{20 \times 100}{21} = 95\frac{5}{21}$, und das Interusurium $= 4\frac{16}{21}$ beträgt. Das letztre kann aber auch selbstständig durch folgende Proportion gefunden werden:

$$105 : 5 = 21 : 1 = 100 : x.$$

wornach dann $x = \frac{100}{21} = 4\frac{16}{21}$ ist. Legen wir in unsrem Beispiele den Zinsfuß von 4 p. C. zu Grunde, so würde die Proportion lauten:

$$104 : 100 = 26 : 25 = 100 : x.$$

so daß das gesuchte Kapital sein würde $= \frac{25 \times 100}{26} = 96\frac{2}{13}$, und folglich das Interusurium $= 3\frac{11}{13}$; und will man das letztre selbstständig berechnen, so dient dazu die Proportion:

$$104 : 4 = 26 : 1 = 100 : x,$$

wonach $x = \frac{100}{26} = 3\frac{11}{13}$ ist. — Daß diese Rechnung, deren mathematische Richtigkeit für den Sachverständigen keinen Zweifel hat, zu juristisch genügenden Resultaten führt, geht aus der einfachen Probe hervor, daß der Gläubiger wirklich mit dem darnach gefundenen Kapital bis zum Verfalltage gerade soviel Zinsen gewinnen kann, daß er zu dieser Zeit den vollen Betrag seiner Forderung beisammen hat. So soll er nach dem Zinsfuß von 5 p. C. statt der vollen 100 nur erhalten $95\frac{5}{21}$; diese Summe wirft aber in einem Jahre an Zinsen ab $4\frac{16}{21}$, denn $\frac{95\frac{5}{21}}{20} = 4\frac{16}{21}$; und schlägt er diese Zinsen zum Kapital, so hat er am Verfalltage seine vollen Hundert. Und auf der andern Seite kann auch der Schuldner mit dem Interusurium,

was er nach dieser Rechnung zurückbehalten darf, während des Jahrs soviel gewinnen, daß er am Verfalltage die vollen Jahreszinsen des schuldigen Kapitals hat; denn das Interusurium beträgt in dem obigen Beispiele $4\frac{16}{21}$; werden diese verzinslich angelegt, so hat er damit am Ende des Jahrs noch $\frac{5}{21}$ gewonnen, denn $\frac{4\frac{16}{21}}{20} = \frac{5}{21}$, und rechnet er diese $\frac{5}{21}$ zu den $4\frac{16}{21}$, so hat er jetzt am 1. Januar 1855 volle Fünf, also soviel, wie er haben würde, wenn er erst an diesem Tage das Kapital an den Gläubiger abgetragen hätte.

V. Wir wenden uns jetzt zu dem komplizirten Fall, wenn zwischen dem früheren Zeitpunkt, an welchem das Interusurium berechnet wird, und dem Verfalltage mehrere Zinstermine zwischenliegen. Für diesen Fall entsteht die Frage, die bei dem vorher unter Nr. IV. betrachteten Falle nicht vorkommen kann, ob nämlich bei der Berechnung des Interusuriums blos die einfachen Zinsen zu berücksichtigen sind, oder ob auch die Zinseszinsen in Betracht gezogen werden müssen? Hierdurch unterscheiden sich die s. g. Hoffmann'sche und die Leibnitz'sche Berechnung des Interusuriums. Betrachten wir jede einzeln:

1) Die Hoffmann'sche Berechnung geht von dem Grundsatze aus, daß ein Kapital gesucht werden müsse, welches zusammengenommen mit den einfachen Zinsen desselben während der Zwischenzeit, dem ganzen Betrage des schuldigen Kapitals gleich kommt. Die Rechnung ist hier augenscheinlich dieselbe, wie sie vorher für den Fall eines einzigen zwischenliegenden Zinstermins angegeben wurde, und setzen wir also z. B. es soll, mit Zugrundelegung des Zinsfußes von 5 p. C. der wahre Werth einer Forderung von 100 ermittelt werden, welche nach zwei Jahren fällig ist: so sagen wir einfach:

$$110 : 100 = 11 : 10 = 100 : x,$$

so daß $x = \frac{1000}{11} = 90\frac{10}{11}$, und das zweijährige Interusurium $= 9\frac{1}{11}$ ist. Und will man das Interusurium selbstständig berechnen, so setzt man

$$110 : 10 = 11 : 1 = 100 : x,$$

wonach $x = \frac{100}{11} = 9\frac{1}{11}$ ist. — Nehmen wir aber z. B. eine Schuld von 100, welche nach drei Jahren fällig ist, und legen wir den Zinsfuß von 4 p. C. zu Grunde, so müssen wir sagen:

$$112 : 100 = 28 : 25 = 100 : x,$$

und x ist also $= \frac{25 \times 100}{28} = 89\frac{2}{7}$, und das Interusurium beträgt $10\frac{5}{7}$; und wenn das letztre selbstständig berechnet werden soll, so setzen wir:

$$112 : 12 = 28 : 3 = 100 : x,$$

wornach $x = \frac{300}{28} = 10\frac{5}{7}$ beträgt. Vgl. G. A. Hoffmann's

Klugheit Hauß zu halten, im Anhang zum 1. Buch, S. 383 fgg., Dess. Demonstrationen von richtiger Berechnung d. Interusurii, im Anhang zu Polack's mathes. forens., 4. Aufl. S. 154 fgg., Polack cit. S. 100 fgg., Fratr. *Becmann.* cit. §. 25 sqq. p. 32 sqq.

2) Nach Leibnitz genügt es dagegen nicht, daß die einfachen Zinsen der Zwischenzeit in Rücksicht genommen werden, sondern darnach sollen auch die Zinseszinsen berechnet, und also ein Kapital gesucht werden, welches, zusammengenommen mit den in der Zwischenzeit zu ziehenden Zinsen, und den von diesen wiederum zu ziehenden Zinsen, und den Zinsen von diesen Zinseszinsen u. s. w., am Verfalltage dem geschuldeten Kapitale gleich ist. Die Rechnung wird hier begreiflich komplizirter. Die einfachste, auch dem Nichtmathematiker verständliche Ausdrucksweise dafür dürfte folgende sein: Man addire zu dem am Verfalltage schuldigen Kapital die Zinsen eines Jahrs, und die so gefundene Summe multiplizire man soviel mal mit sich selbst, als in der Zwischenzeit Zinstermine vorkommen; diese Prozedur nehme man auch mit dem schuldigen Kapital ohne die Zinsen vor; und wie sich nun diese beiden so gefundenen Summen zu einander verhalten, so verhält sich das schuldige Kapital zu dem gesuchten. Setzen wir also z. B. es soll nach dem Zinsfuß von 5 p. C. der wahre Werth einer Forderung von 100 ermittelt werden, welche nach zwei Jahren fällig ist, so sagen wir so:

$$105^2 : 100^2 = 21^2 : 20^2 = 441 : 400 = 100 : x,$$

so daß $x = \frac{400 \times 100}{441} = 90\frac{310}{441}$ ist. Das zweijährige Interusurium beträgt demnach $9\frac{131}{441}$, und dieses kann auch selbstständig berechnet werden nach folgender Proportion:

$$105^2 : (105^2 - 100^2) = 21^2 : (21^2 - 20^2) = 441 : (441 - 400)$$

$= 441 : 41 = 100 : x$, so daß also darnach $x = \frac{41 \times 100}{441}$ $= 9\frac{131}{441}$ ist. — Oder nehmen wir ein Kapital von 100, welches nach drei Jahren fällig ist, und berechnen wir das Interusurium nach dem Zinsfuß von 4 p. C., so müssen wir sagen:

$$104^3 : 100^3 = 26^3 : 25^3 = 17576 : 15625 = 100 : x,$$

wornach also $x = \frac{15625 \times 100}{17576} = 88\frac{15812}{17576}$, und das dreijährige Interusurium also $= 11\frac{1764}{17576}$ ist; und soll dieses letztre selbstständig berechnet werden, so setzen wir:

$$104^3 : (104^3 - 100^3) = 26^3 : (26^3 - 25^3)$$
$$= 17576 : (17576 - 15625) = 17576 : 1951 = 100 : x,$$

so daß also $x = \frac{1951 \times 100}{17576} = 11\frac{1764}{17576}$ ist. — Die mathe-

matischen Beweise für die Richtigkeit dieser Berechnung, so wie die Angabe der wesentlichen Rechnungs-Erleichterungen durch Anwendung der Logarithmen, und allenfalls auch der Dezimalbrüche müssen hier begreiflich übergangen werden; vgl. darüber *Leibnitz*, medit. jur. math. de interusurio; in den Actis eruditorum vom Oktober 1683, p. 425 sqq., Bilfinger im Anhang zur 4. Aufl. von Polack's mathesis forensis. Leipz. 1770. S. 141 fgg., Fratr. *Becmann* l. c. §. 32 sqq. p. 43 sqq., v. Florencourt, Abhandl. aus der jur. und pol. Rechenk. Altenburg 1781. S. 10 fgg., Oettinger a. a. O. S. 55 fgg. (welcher auch S. 80 fgg. noch eine andre, im Resultate völlig mit der Leibnitz'schen übereinstimmende Berechnungsart vorschlägt).

VI. Fragen wir nun, welche dieser beiden Berechnungsarten im wirklichen Rechtsleben anzuwenden sei, so leuchtet zunächst soviel ein, daß der, der Leibnitz'schen Methode oft gemachte Vorwurf, sie verstoße gegen das Verbot des Anatozismus, völlig ungegründet ist; denn Leibnitz verlangt ja nicht, daß derselbe Schuldner von den Zinsen, die er schuldet, wiederum Zinsen bezahlen solle, sondern er will nur, daß der Gläubiger, welcher Zinsen empfängt, dieselben nicht müssig liegen lassen, sondern dieselben wieder verzinslich anlegen soll, worin doch offenbar kein Anatozismus liegt. Obwohl nun aber dieser Vorwurf gewiß unbegründet ist, und obwohl man einräumen muß, daß nur nach der Leibnitz'schen Methode der wahre Werth einer später fällig werdenden Forderung in mathematisch genauer Weise festgestellt wird, und namentlich nur durch ihre Anwendung eine wahrhaft gleichheitliche Behandlung des Schuldners und des Gläubigers Statt findet, vgl. bes. Oettinger a. a. O. S. 85 fgg. und s. auch Keil cit. S. 85 fgg., so kann dieselbe doch nur in seltenen Fällen praktisch angewendet werden, weil sie von Voraussetzungen ausgeht, die in der Wirklichkeit nicht sehr häufig begründet sind. Offenbar muß nämlich dabei vorausgesetzt werden, daß die Zinsen in dem Augenblick, wo sie fällig sind, auch wirklich gezahlt werden, und daß der Empfänger auch sogleich in diesem Augenblicke wieder Gelegenheit hat, sie verzinslich anderweit anzulegen. Aber wo kommt dies im Leben wirklich so vor? und wie selten ist namentlich auch das Letztre der Fall, wenn es sich um ganz kleine Summen handelt, deren Zinsen zwar auf dem Papier leicht berechnet werden können, die aber als verzinsliche Kapitalien anzulegen, im Leben meist unmöglich ist. Durch die Anwendung der Leibnitz'schen Methode wird also in den bei Weitem meisten Fällen der jetzige Werth einer künftig fällig werdenden Forderung beträchtlich höher angeschlagen, als er sich im wirklichen Leben selbst bei einem paterfamilias diligentissimus herausstellen wird, und so entspricht denn regelmäßig nur die Hoffmann'sche Berechnungsart des Interusuriums den Bedürfnissen des

praktischen Lebens, obwohl sich nicht verkennen läßt, daß dieselbe in mehrfacher Beziehung inkonsequent ist, und dabei namentlich einige Beeinträchtigung des Schuldners nicht vermieden werden kann, vgl. auch Rechtslex. a. a. O. S. 639 fg. und Oettinger cit. S. 71 fgg. S. 85 fgg. Dieser Vorzug der Hoffmann'schen Methode wird denn auch h. z. T. nicht nur von den meisten Theoretikern anerkannt, vgl. z. B. außer der Mehrzahl der neueren Lehrbücher noch bes. Schrader und Zachariä in den angeff. Abhh., Seuffert, Erörtr. Abth. I. S. 145 fgg. und Rechtslex. a. a. O. S. 640 fg., sondern auch in der Praxis pflegt diese Methode überall zu Grunde gelegt zu werden, und nur bei sehr beträchtlichen Kapitalien, wo die Zinsen selbst wieder bedeutendere Summen ausmachen, und wo sich darauf rechnen läßt, daß dieselben bei einiger Sorgfalt sogleich wieder verzinslich angelegt werden können, wird wohl auch die Leibnitz'sche Methode angewendet. Das Richtigste dürfte freilich sein, keine der beiden Berechnungs-Arten rein zur Anwendung zu bringen, sondern eine den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falls entsprechende Kombination beider, wozu Keil a. a. O. S. 13 fgg. sachgemäße Andeutungen gegeben hat. — Wenn hier übrigens die Frage über den Vorzug der einen oder andren Methode ohne alle Rücksicht auf die Gesetze erörtert worden ist, so hat dies seinen natürlichen Grund darin, weil die Gesetze, so oft sie auch des Interusuriums erwähnen, doch keine Normen über die Berechnungsart desselben aufgestellt haben. Nur in einer einzigen Stelle, nämlich in l. 88. §. 3. ad leg. Falcid. (35, 2), kommt eine hierher gehörige Entscheidung vor. Der Fall ist folgender. Es hinterläßt Jemand im Ganzen 200, und legirt davon dem A. 100 pure, und dem B. 100 unter einer Bedingung. Während schwebender Bedingung zieht der Erbe als Einkünfte dieser letztren Summe 25, und will nun jetzt nach Eintritt der Bedingung die ihm an seiner Quart noch fehlenden 25, und die ihm ebenfalls gebührenden Zinsen dieser Quart, den beiden Legataren verhältnißmäßig abziehen. Zu diesem Zweck muß die Größe der beiden Legate bestimmt werden, und da sagt nun Afrikan, das Legat des B. müsse um soviel kleiner angenommen werden, als der Erbe daraus in der Zwischenzeit Zinsen gezogen habe, so daß also der A. zu der dem Erben noch gebührenden Quart $\frac{4}{7}$, der B. aber $\frac{3}{7}$ beizusteuern habe. Da hier Afrikan das Legat des A. = 100, das des B. = 75 annimmt, und zu dieser letztren Summe dadurch gelangt, daß er die ganzen in der Zwischenzeit vom Erben gezogenen Zinsen davon abzieht, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß dieser Entscheidung die Carpzov'sche Berechnungsart des Interusuriums zu Grunde liegt. Dies darf uns aber meines Erachtens nicht bestimmen, diese Methode als gesetzlich vorgeschrieben anzusehen. Denn nicht

nur, daß man überhaupt in solchen Berechnungen römischer Juristen keine wahren gesetzlichen Normen finden darf, indem es vielmehr nur mehr oder weniger gelungene Versuche sind, Rechtssätze auf vorliegende Fälle anzuwenden, Versuche, die ihrer Natur nach niemals Gesetzeskraft ansprechen dürfen: so möchte auch namentlich Afrikan's Rechnung in dem vorliegenden Falle gerade durch die Eigenheit desselben veranlaßt worden sein, denn hier war die Größe des Legats erst nach Eintritt des Fälligkeits-Termins zu ermitteln, und gerade für solche Fälle liegt der Gedanke sehr nahe, die vollen in der Zwischenzeit gezogenen Zinsen als Interusurium in Abzug zu bringen. Meiner Ueberzeugung nach sind wir daher vollkommen berechtigt, bei den allgemeinen Erörterungen über die Berechnung des Interusuriums von dieser Entscheidung Afrikan's ganz abzusehen, und die Prinzipien darüber rein aus der Natur der Sache zu konstruiren. Vgl. auch Schrader in den angef. Abh.

VII. Wir sind bei den bisherigen Erörterungen über Interusurium von dem gewöhnlichen Falle ausgegangen, wenn ein Schuldner eine erst später fällig werdende Forderung vor dem Verfalltag zahlt, und dabei das Interusurium abzieht. Hierbei muß aber noch vor dem Mißverständniß gewarnt werden, als wenn der Schuldner eine solche Früherzahlung mit Abzug des Interusuriums dem Gläubiger aufbringen dürfte. Dies ist keineswegs der Fall, sondern es ist dazu stets die Einwilligung des Gläubigers erforderlich, und wenn doch bisweilen das Gegentheil behauptet wird (vgl. z. B. *Horn*, de interusurio §. 21), und man sich dafür auf l. 70. de solut., l. 50. de O. et A., l. 38. §. 6. de V. O. beruft, so ist dies ganz unhaltbar, da in diesen Stellen nur gesagt wird, daß bei einem zu Gunsten des Schuldners anberaumten Zahlungstermin, dieser auch vor Eintritt des Termins zur Zahlung berechtigt sei; aber natürlich nur zu voller Zahlung, denn von einem Abzug des Interusuriums ist in keiner dieser Stellen auch nur entfernt die Rede. Auch die l. 24. §. 2. sol. matr. (24, 3) enthält keine wahre Ausnahme, indem hier nicht von einem Schuldner die Rede ist, welcher dem Gläubiger die Zahlung vor der Zeit offerirt, sondern von einem Schuldner, welcher zur Sicherheitsleistung wegen später fälliger Zahlung verpflichtet, und diese nicht zu leisten im Stande ist; in diesem Nothfalle soll dem Gläubiger dadurch geholfen werden, daß der Schuldner zu alsbaldiger Zahlung mit Abzug des Interusuriums kondemnirt wird. Vgl. auch Fratr. *Becmann* l. c. §. 64. p. 100 sqq.

VIII. Der in der vorigen Nummer angedeutete Fall ist aber bei Weitem nicht der einzige, in welchem das Interusurium rechtlich in Betracht kommt. So ist z. B. ein anderer Anwendungsfall der, wenn eine später fällig werdende Schuld in fraudem creditorum

voll voraus bezahlt ist, und die verkürzten Gläubiger von dem ihnen zustehenden Rückforderungsrecht Gebrauch machen, denn der Gegenstand dieser Rückforderung kann der Regel nach eben nur das Interusurium sein, l. 10. §. 12, l. 17. fin. quae in fraud. credit. (42, 8). So muß auch bei der Berechnung der Falzidischen Quart das Interusurium in mehrfacher Beziehung berücksichtigt werden, insbesondere dann, wenn Renten auf bestimmte Jahre, oder wenn Legate sub die certo hinterlassen sind, so wie auch in Betreff des legatum debiti, um die wirkliche Größe des Legats zu bestimmen, l. 1. §. 10, l. 45. pr., l. 66. pr., l. 88. §. ult. ad leg. Falc. (35, 2). Nicht minder wichtig kann die Berechnung des commodum repraesentationis werden, um verschiedene Gebote bei Auktionen oder bei der addictio in diem mit einander zu vergleichen. Eben so kann auch bei der lex Anastasiana das Interusurium zu berücksichtigen sein, um zu ermitteln, ob der Zessionar wirklich weniger für die Forderung gegeben hat, als deren Werth ist, u. dgl. m.

---

ccc) Von der Mora. §. 588.

Dig. XXII. 1. de (usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et de) mora. — *Ferretus*, de mora et interesse 1550 und öfter, *Donellus*, de mora (in opp. X. p. 1429 sqq.), *Contius*, de diversis morae generibus (in opp. p. 534 sqq.), *Cocceji*, de mora (in Exerc. cur. I. nr. 59), *Ratjen*, de mora sec. jur. Rom. princ. comm. Kil. 1824, v. Madai, die Lehre von der Mora. Halle 1837, (vgl. die sehr ausführliche Rezension von Schilling in krit. Jahrb. 1838. S. 218 fgg.), Wolff, zur Lehre von der Mora. Gött. 1831. — Vgl. auch Schöman, Handbuch II. Nr. 11, Roßhirt in seiner Zeitschrift III. 1, Fritz zu Wening II. S. 324 fgg., v. Wening-Ingenheim, Schadensersatz S. 192 fgg., Koch I. S. 341 fgg., Unterholzner I. S. 407 fgg., Sintenis pr. Zivilr. II. §. 93. S. 177 fgg. Holzschuher Theorie und Kasuistik Bd. II. Abth. 2. S. 221 fgg., *Molitor* I. p. 425 sqq.

1) *Marcianus* l. 32. h. t.: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libr. XII. Epistol. scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta in-

telligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris.

2) *Paul.* l. 91. §. 3. de V. O. (45, 1): Sequitnr videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio. Si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur, nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?

Anm. 1. Die Thatsache, daß eine Verbindlichkeit nicht rechtzeitig erfüllt wird, bringt allerdings schon an und für sich nicht unbedeutende Wirkungen hervor, und zwar werden daran nicht blos sehr häufig vertragsmäßig wichtige Folgen angeknüpft, in welcher Beziehung man sich nur an Konventionalstrafen, Zinsverabredungen, und an die lex commissoria zu erinnern braucht, sondern auch gesetzlich sind damit beträchtliche Wirkungen verbunden. Denn nicht nur, daß es von jetzt an dem Gläubiger gestattet ist, alle Wege, die zu seiner Befriedigung führen können, einzuschlagen, daß er also jetzt Klage gegen den Hauptschuldner selbst, oder gegen etwaige Interzedenten anstellen, daß er Pfänder verkaufen darf u. dgl., so kommen in den Gesetzen auch für einzelne Fälle besondre Bestimmungen vor. Dahin gehört namentlich die bekannte Vorschrift, daß der Käufer, ohne alle Rücksicht auf eigentliche Mora, nach Empfang der Waare den Kaufpreis verzinsen muß, l. 13. §. 20. de act. emt. vend. (19, 1), l. 2. C. de usur. (4, 32), l. 5. C. de act. emt. (4, 49), Vat. fr. §. 2. Eben so haben auch ohne alle Rücksicht auf eigentliche Mora die Schuldner von Minderjährigen gesetzliche Zinsen zu zahlen, l. 5. C. de act. emt., l. 3. C. in quib. caus. in integr. rest. (2, 41), und dasselbe tritt ein bei Schuldnern des Fiskus, l. 17. §. 5. 6. h. t., so wie denn auch die von Justinian in l. 31. §. 2. de jure dot. (5, 12) und Nov. 131. c. 12. eingeführten Fälle gesetzlicher Zins-

pflicht hierher zu zählen sind. Ferner muß es auch als Folge der blosen nicht rechtzeitigen Zahlung, ohne alle Rücksicht auf wahre Mora angesehen werden, daß der Verpachter den zwei Jahre lang mit dem Pachtgelde in Rückstand bleibenden Pachter austreiben darf, l. 54. §. 1, l. 56. loc. cond. (19, 2), und eben dahin gehört auch der Verlust der Emphyteuse wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanon, l. 1. C. de jure emphyt. (6, 66). Vgl. überhaupt Wolff §. 2 fgg.

Von dieser blosen, nicht rechtzeitigen Erfüllung — wofür in den Gesetzen bisweilen der Ausdruck Mora gebraucht wird, und wofür Wolff a. a. O. den ganz passenden Namen objektive Mora vorschlägt — unterscheidet sich aber wesentlich die eigentliche Mora, oder, wie Wolff sie nennt, die subjektive Mora, die den eigentlichen Gegenstand dieses §en bildet, und an welche auch unsere Gesetze und Juristen stets denken, wenn sie den Ausdruck Mora in einer technischen Bedeutung gebrauchen.

Das charakteristische Merkmal dieser subjektiven Mora ist nun aber das, daß dabei stets eine Kulpa des Säumigen supponirt wird, und dieselbe also niemals angenommen werden kann, wenn die rechtzeitige Erfüllung aus einem, dem Schuldner nicht zuzurechnenden Grunde unterblieben ist. Dies wird freilich von Schöman a. a. O. (vgl. dessen Schadensers. II. S. 10 fgg.) geleugnet, und das Wesen der Mora vielmehr dahin bestimmt, daß dieselbe begründet werde durch jeden in der Person des Verpflichteten eintretenden Mangel, der ihn hindere, die ihm obliegende Verbindlichkeit seinem zur Annahme bereiten Gläubiger zu gehöriger Zeit zu erfüllen, sollte auch dieser Mangel sich auf einen Zufall gründen; und nur dann, wenn die Nichterfüllung auf Gründen beruhe, die ganz außer der Person des Verpflichteten lägen (impedimenta naturalia), sei die Mora ausgeschlossen. Vgl. auch Glück VIII. S. 426, Mackeldey §. 325 Puchta, Pand. §. 268. Not. a. und §. 269, Gerau in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 218 fgg., Sintenis II. S. 195 fgg. Anm. 50, Holzschuher cit. S. 224 u. A. m. Ich muß dagegen unbedingt der von den meisten ältern und neuern Juristen vertheidigten Lehre beistimmen, daß gerade das eigentlich spezifische Merkmal der wahren Mora die Kulpa des Säumigen sei. Darauf weis't schon bestimmt genug die regelmäßige Nothwendigkeit der Interpellation hin (vergleiche darüber auch die folgende Anmerkung) und noch bestimmter die Lehre der römischen Juristen von den sogenannten excusationes a mora, wobei augenscheinlich der Gedanke durchgeführt wird, daß überall, wo die Säumniß dem Schuldner nicht imputirt werden kann, auch keine wahre Mora mit ihren eigenthümlichen Wirkungen angenommen werden dürfe, sondern nur, wie Papinian in

l. 9. §. 1. h. t. sich ausdrückt, eine mora *inculpata*, vgl. l. 5. de R. C. (12, 1), l. 17. §. 3, l. 21. 22. 23. pr., l. 24. h. t., l. 63. de R. J., *Lotz*, de morae initio. Wirceb. 1825. p. 21 sqq., Madai S. 69 fgg., Wolff S. 289 fgg. Dasselbe Resultat geht ferner aus den zur Bezeichnung der Mora so häufig gebrauchten Redensarten: per eum stetit, per eum factum est, quominus etc. hervor, denn diese weisen nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der römischen Juristen mit Bestimmtheit auf eine Verschuldung hin, vgl. z. B. l. 15. pr., l. 23. §. 1. de oper. libert. (38, 1), l. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50, 13). Dafür spricht ferner die öfter wiederkehrende Bemerkung, daß bei der Frage, ob eine Mora vorhanden sei, oder nicht, eine sorgsame Berücksichtigung des individuellen Falls Platz greifen, und dabei also dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen werden müsse, vgl. T. 1 und 2, und s. auch l. 137. §. 1. 2. de V. O. (45, 1), eine Bemerkung, die nur dann volle Wahrheit hat, wenn zur Annahme einer Mora die Ermittelung der Kulpa nöthig ist. Dazu kommt, daß auch wirklich in mehreren Gesetzen das Erforderniß fast mit klaren Worten vorausgesetzt wird, und zwar gehört dahin insbesondre die l. 5. de R. C. (12. 1):

> *Pompon.* „Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id, nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit, nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere“.

und wo möglich noch bestimmter die oben als T. 2. abgedruckte l. 91. §. 3. de V. O.; hier wird nämlich zunächst das Prinzip aufgestellt: quoties *culpa* intervenit debitoris, perpetuari obligationem, und dieser Grundsatz wird dann von Paulus auf zwei Fälle in Anwendung gebracht, einmal, si effecerit promissor, quominus solvere possit (wenn also der Schuldner sich die Leistung unmöglich gemacht hat), und dann, *si moratus sit*, woraus doch wohl mit Evidenz hervorgeht, daß Paulus in der Mora nur eine besondre Richtung der Kulpa erblickt. Endlich mag auch noch zur Unterstützung unsrer Ansicht die Bemerkung Platz finden, daß doch in der That die in unsren Gesetzen mit der Mora verknüpften Folgen derartig sind, daß ihre Annahme eine unbegreifliche Härte sein würde, wenn dabei nicht eine Verschuldung des Säumigen vorausgesetzt werden müßte, — man denke nur z. B. an das im Falle der Mora, sogar bei judicia stricti juris Statt findende juramentum in litem! l. 5. §. 4. de in lit. jur. (12, 3) —, und diese Bemerkung wird

um so zutreffender, wenn wir erwägen, daß die ganze Lehre von der Mora wesentlich ein Produkt der römischen Doktrin ist, und Willkür-Bestimmungen also am Wenigsten dabei erwartet werden dürfen.

Das Gewicht dieser Gründe wird auch schwerlich durch die Argumentation Schöman's entkräftet. Abgesehen von einigen ganz leeren Gründen, wie z. B. daß unter Voraussetzung der herrschenden Theorie man nicht die Nothwendigkeit eines besondren Pandektentitels de mora, und besondrer Ausführungen der römischen Juristen darüber einsehen könnte, da ja dann die allgemeinen Grundsätze über Kulpa genügen würden, u. dgl. m., beruft sich nämlich Schöman vorzüglich auf zwei Gesetze, die l. 3. §. ult. de act. emt. vend. (19, 1) und l. 137. §. 4. de V. O. (45, 1). In dem letztren Gesetze, welches Schöman selbst als die Hauptstelle bezeichnet, ist aber augenscheinlich gar nicht von Mora die Rede, sondern vielmehr vom Anfang der Obligation selbst, und schon darum ist dasselbe, abgesehen von vielem Andren, was sich gegen Schöman's Folgerungen daraus einwenden läßt, für unsre Frage ohne alle Beweiskraft. In der l. 3. §. ult. cit. aber wird für die mora accipiendi zwar nur das eine Merkmal angeführt, daß der Verpflichtete bereit gewesen sein müsse, zu leisten; aber nirgends wird gesagt, daß dieses nur das einzige sei, nirgends wird da also das Dasein der Kulpa als Requisit der Mora ausgeschlossen. Vgl. auch *Ratjen* cit. p. 8 sqq., *Lotz* cit. p. 20 sqq., Emmerich in Gießer Zeitschr. XII. S. 78 fgg., Madai S. 6 fgg., Wolff S. 252 fgg., *Molitor* I. p. 431. 467 sqq., Mommsen Beiträge zum Obligat. R. I. S. 264 fgg.

Anm. 2. Ueber die Frage: ob dann, wenn bei einem Schuldverhältniß ein bestimmter Zahlungstermin (ein dies certus) festgesetzt sei, zum Eintritt der Mora doch noch eine Interpellation erfordert werde, oder ob die Mora vielmehr von selbst mit dem fruchtlosen Ablauf des Termins eintrete? wird h. z. T. lebhafter als je gestritten. Für die Ansicht, daß es in solchem Falle keiner Interpellation bedürfe, sondern die Regel: *dies interpellat pro homine* Platz greife, erklärten sich von jeher die bei Weitem meisten Juristen. So findet sich dieselbe schon in der Glosse bestimmt ausgesprochen, Gloss. ad l. 9. §. 1, l. 32. h. t. ad l. 23. de O. et A.; so später bei den s. g. Scholastikern (vgl. die Nachweisungen bei Schröter in Gießer Zeitschr. IV. S. 105 fgg.); ferner bei den meisten französischen Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts, namentlich bei *Donell*, de mora nr. 10 sqq. (in opp. X. p. 1432 sqq.) comm. jur. civ. XVI. 2. (in opp. IV. p. 615.) und bei *Cujac.* an vielen Stellen, am bestimmtesten in den recitt. solenn. ad Cod. ad l. 12. de contr. et comm.

stip. (in opp. IX. p. 1265 sqq.), wo er eine flüchtige entgegengesetzte Aeußerung in derselben Schrift ad tit. de fideicomm. libert. (in opp. IX. p. 951) zurücknimmt; ferner bei allen Niederländern und sämmtlichen Deutschen (cf. die Nachweisungen bei Schröter S. 118 fgg.), mit einer einzigen, gleich nachher zu nennenden Ausnahme. Als nennenswerthe Gegner jener Regel sind nur mehrere französische Juristen des 16. Jahrh. anzuführen, nämlich *Ferret.* cit. Nr. 10 sqq., *Cont.* cit. c. 4, *Barclaj.* ad tit. Pand. de reb. cred. l. 5. (in Otto thes. III. p. 830 sqq.), *Charondas*, Verisim. lib. III. c. 10. (bei Otto I. p. 783 sqq.), *Grangianus*, Paradoxa jur. civ. c. 1. (bei Otto V. p. 618), und ihnen schließt sich der Deutsche *Bachov von Echt* ad Treutler. Vol. II. disp. 3. th. 7 lit. D. an. Seit dieser Zeit verstummte der Streit, und die Regel: dies interpellat pro homine wurde so allgemein als unzweifelhaft richtig angenommen, daß man selbst vergaß, daß sie jemals bestritten war, so daß z. B. sogar bei Glück die Kontroverse gar nicht einmal erwähnt wird. Erst in unseren Tagen traten Savigny in seinen Vorlesungen (cf. *Ratjen* cit. p. 3.) und Neustetel in einer bes. Abh. im ziv. Arch. V. 8. als Gegner der Regel auf; und zwar der Letztere in der Meinung, daß er der Erste sei, welcher die Regel bestreite (S. 228). Seit dieser Zeit hat sich nun ein lebhafter Streit entsponnen, und die Regel hat seitdem weit mehr namhafte Gegner gefunden, als sie je früher gehabt hat. Nachdem nämlich Thibaut im ziv. Arch. VI. 2, *Lotz*, de morae initio cap. 3. p. 48 sqq., und im Wesentlichen auch *Ratjen* cit. p. 21 sqq. die alte Theorie gegen Neustetel's Angriffe in Schutz genommen hatten, trat v. Schröter in Gießer Zeischr. IV. 5. in einer ausführlichen, auch die Literärgeschichte sorgfältiger berücksichtigenden Abhandlung als entschiedener Gegner derselben auf, und er vertheidigte auch in einem zweiten Aufsatze ebendas. VII. 3. seine Ansicht gegen die erneuerten Einwendungen Thibaut's im ziv. Arch. XVI. 7. Für die alte Regel sprachen sich dann wieder in ausführlicheren Darstellungen *Beckendorff*, dies interpellat pro homine. Heidelb. 1835, Madai S. 87 fgg. und Holzschuher S. 224 fgg. aus, während sich gegen dieselbe Gesterding, Nachforsch. V. Abth. 1. Nr. 2, Fritz zu Wening II. S. 331 fgg., Wolff S. 317 fgg. und *Molitor* p. 469 sqq. erklärten. Auch die neueren Lehr- und Handbücher sind getheilter Meinung; die alte Regel vertheidigen z. B. Thibaut §. 101, Valett §. 492, Seuffert §. 245. (vgl. jedoch auch dessen Aufsatz in den Blättern für Rechtsanwendung. Jahrg. 1836 Nr. 1 und 2), Mühlenbruch §. 345, Göschen §. 417, Roßhirt §. 360, Schilling III. §. 237, während dieselbe verworfen wird von Wening §. 212. (welcher zuerst auch wieder auf die bedeu-

tendsten älteren Gegner desselben hinwies), Mejer in Schweppe's Hdb. III. §. 387, *Warnkoenig*, comm. jur. civ. tom. II. 123. not. 7, Puchta §. 269. (vgl. auch dessen Gewohnheitsr. II. S. 76 fgg.), Koch I. S. 347 fgg., Unterholzner I. S. 115 fgg., Sintenis II. S. 205. Anm. 71, Arndts §. 251. S. 385.

Bei Erörterung dieser Streitfrage ist m. E. vor allen Dingen zu untersuchen, in welchem Verhältniß die Regel: dies interpellat pro homine zu den allgemeinen Grundsätzen über Mora steht. Sollte sich nämlich zeigen, daß jene Regel sich im Widerspruch mit diesen Prinzipien befinde, und als Singularität aufgefaßt werden müsse, so muß nach meiner Ueberzeugung die ganze Regel verworfen werden, weil dieselbe in keinem Gesetze so bestimmt und unzweideutig ausgesprochen ist, wie dies zur Begründung eines anomalen Rechtssatzes erforderlich sein würde. Sollte aber das Resultat umgekehrt sein, daß schon die allgemeinen Prinzipien über Mora mit Konsequenz zu dem Satze: Dies interpellat hinführen, so muß auch diese Regel angenommen werden, weil mir kein Gesetz bekannt ist, welches sich mit irgend einer Bestimmtheit gegen dieselbe erklärte, sondern umgekehrt in gar manchen Stellen Andeutungen vorkommen, die, wenn auch nicht mit Nothwendigkeit, doch mit großer Wahrscheinlichkeit auf jene Regel hinweisen.

I. Es ist ein, eben so in der Natur der Sache, wie in den römischen Gesetzen begründetes Prinzip, daß dann, wenn eine obligatio abgeschlossen ist, das Rechtsverhältniß zwar sogleich begründet ist, und der Kreditor sogleich fordern, der Debitor sogleich zahlen darf, die Realisirung dieses Rechtsverhältnisses aber nur erst dann zu geschehen braucht, wenn dem Schuldner bekannt geworden ist, daß der Gläubiger auch wirklich die Zahlung verlange. Der Schuldner ist m. a. W. nicht zu einem *ultro offerre* verpflichtet, vgl. auch l. 53. pr. de fideic. libert. (40, 5) und arg. l. 48. de V. O. und s. meine Abh. im ziv. Arch. XXXIII. S. 298 fgg., und es kann also von einer Kulpa desselben keine Rede sein, wenn er mit der Leistung wartet, bis dieses Verlangen des Gläubigers zu seiner Kenntniß gekommen ist. Daher das Grundprinzip der eigentlichen Mora, welches am Schärfsten in l. 5. de R. C. ausgesprochen ist:

„quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit — — — *si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere*“,

wornach also wesentlich dazu vorausgesetzt wird, daß Gründe vorhanden sind, welche geeignet sind, dem Schuldner das Bewußtsein aufzudringen, daß der Gläubiger jetzt die Zahlung verlange. Eine solche justa causa liegt nun zunächst unzweifelhaft in der bestimmten Erklärung des Gläubigers, daß er jetzt bezahlt sein wolle, in der

Interpellation, und daher die öfter ausgesprochene Regel, daß die Mora erst nach der Interpellation beginne. Es kann aber eine solche Interpellation entweder so vorkommen, daß der Gläubiger sogleich im Augenblicke der Aufforderung die Zahlung verlangt, oder auch so, daß er dem Schuldner eine bestimmte Frist setzt, innerhalb welcher derselbe zahlen müsse, und daß auch eine Interpellation dieser zweiten Art unmittelbar nach Ablauf dieser bewilligten Frist wahre Mora erzeugt, kann um so weniger bezweifelt werden, da durch die Nichtachtung dieser vom Gläubiger noch eingeräumten Frist die Kulpa des Schuldners augenscheinlich in noch höherem Grade vorhanden ist, wie wenn er der Aufforderung, in continenti Zahlung zu leisten, nicht alsbald Folge leistet. In solchem Falle nach Ablauf der gesetzten Frist eine nochmalige Interpellation fordern zu wollen, würde doch wahrlich eine arge Inkonsequenz sein, da sich hier nicht minder deutlich, wie im Falle der einfachen Interpellation der ernstliche, auf Realisirung des Schuldverhältnisses gerichtete Wille des Gläubigers offenbart, und die Verschuldung des Debitor in Nichtachtung dieses Willens eine bedeutend größere ist. Gehen wir nun noch einen Schritt weiter, und denken uns, daß jene Zahlungsfrist sogleich bei Abschließung der Obligation vertragsmäßig festgesetzt wurde, so kann meines Erachtens eine Annahme der Mora nach dem fruchtlosen Ablauf dieses Termins um so weniger zweifelhaft sein, da ja zu den Gründen, die uns im Falle einer einseitigen vom Gläubiger anberaumten Zahlungszeit zu jener Annahme bestimmen müssen, hier noch der weitere tritt, daß die Nichtachtung jener Frist zugleich als eine offenbare Vertrags-Verletzung, als ein eigentlicher Treubruch erscheint, und also jedenfalls eine Kulpa des Schuldners noch in viel höherem Grade vorhanden ist.

So geht denn meiner Ueberzeugung nach der Satz, daß die Nichtachtung des vertragsmäßigen Zahlungstermins ohne Weiteres eine Mora begründe, und eine weitere Interpellation schlechthin nicht erforderlich sei, mit vollster Konsequenz aus dem Grundgedanken der Mora hervor, und wenn eine solche schon dann angenommen werden muß, wenn der Schuldner eine ex post kommende Interpellation des Gläubigers nicht beachtet, so muß dieselbe um so viel gewisser angenommen werden, wenn der Debitor einen von vorne herein festgesetzten Zahlungstermin unbeachtet vorübergehen läßt, weil in diesem letzteren Falle seine Verschuldung um vieles größer ist, als im ersten. Hiergegen dürften auch die Argumentationen der Gegner schwerlich in Betracht kommen. Die beachtenswerthesten sind folgende:

1) Vor Allem pflegen die Gegner Gewicht auf die Behauptung zu legen, daß, wenn eine obligatio ex die abgeschlossen werde, die rechtliche Bedeutung davon nicht die sei, daß der Schuldner gerade

an diesem Tage zahlen müsse, sondern vielmehr nur die, daß der Gläubiger erst von dem bestimmten Tage an fordern dürfe, und daß also der Schuldner eben so wenig bei einer betagten, wie bei einer unbetagten obligatio unaufgefordert Zahlung zu leisten habe. Dieser Satz soll in einer Reihe von Stellen ausgesprochen sein, z. B. §. 2. J. d. V. O. („id, quod in diem debetur, statim quidem debetur, *sed peti prius, quam dies venerit, non potest*"), l. 21. pr. quando dies legat. (36, 2) („*ante diem peti non potest*"), l. 44. §. 1. de O. et A. (44, 7), l. 41. §. 1. 2, l. 46. pr. de V. O. (45, 1) u. a. m. Augenscheinlich ist dies aber eine ganz einseitige Auffassung dieses Rechtsverhältnisses, indem man willkürlich die eine Bedeutung des zugefügten dies solutionis als die einzige annimmt. Wenn eine obligatio ex die abgeschlossen wird, so hat dies allerdings für den Gläubiger die Bedeutung, daß er verspricht, nicht vor dem Eintritt dieses Termins seine Forderung geltend zu machen, und diese eine Seite ist in den vorher zitirten Gesetzen hervorgehoben. Es hat aber diese adjectio diei auch noch die zweite Bedeutung, daß der Schuldner verspricht, gerade an diesem Tage zahlen zu wollen, und der Gläubiger dieses Versprechen acceptirt, und also seine Erwartung ausspricht, an dem bestimmten Tage die Zahlung zu empfangen; und daß auch diese zweite Seite von den Römern nicht verkannt wurde, spricht sich in vielen Stellen aus, vgl. z. B. l. 11. de re judic. (42, 1), wo Celsus lehrt, daß wenn ein bestimmter Zahlungstermin verabredet sei, die litis aestimatio stets sich nach diesem Termin richte, „ex eo enim tempore quidquid aestimatur, *quo novissime solvi poterit*", in welchen letzten Worten doch offenbar liegt, daß die Zahlung höchstens an diesem Termine hätte geschehen müssen, und noch bestimmter drückt diesen Gedanken Gaius in l. 4. de cond. trit. (13, 3) aus: „tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, *quo dari debuit*". In der That bedarf es auch keiner besondern Ausführung, wie natürlich und sachgemäß diese zwiefache Bedeutung der obligatio ex die ist, und wie hätte wohl ein römischer Jurist darüber zweifeln mögen, ob die Stipulation: Kalendis Martiis dare spondes? auch wirklich ein Versprechen des Schuldners involvire, gerade an diesem Tage zahlen zu wollen? Enthält aber hiernach die adjectio diei nicht blos eine Festsetzung der Zeit, wann der Gläubiger fordern darf, sondern auch der Zeit, wann der Schuldner zahlen soll, so ist damit doch gewiß eine justissima causa gegeben, propter quam debitor intelligere deberet, se dare oportere, und es bedarf also sicher zum Eintritt der Mora nicht noch einer besondren Interpellation. — Um Mißverständnisse zu verhüten, mag aber hier noch die Bemerkung Platz finden, daß es allerdings auch möglich ist, daß die adjectio

diei eine andre Bedeutung, als die hier angenommene, habe, und wenn z. B. in einem Miethvertrage unter Andrem bedungen ist, es solle das Miethgeld in vierteljährigen Raten zu Ostern, Johanni, Michaeli und Weihnachten bezahlt werden, so wird man nicht wohl als die Meinung des Gläubigers ansehen können, daß er gerade an diesen Tagen bestimmt die Zahlung erwarte, sondern jener Passus hat doch wohl nur die Bedeutung, die Art und Weise der Zahlungen im Allgemeinen zu bestimmen. In solchen Fällen, die aber immer nur die Ausnahme bilden, und nur aus besondren Gründen angenommen werden dürfen, kann dann freilich von der Regel: dies interpellat pro homine keine Anwendung gemacht werden.

2) Fast nur ein andrer Ausdruck für den bei Nr. 1. gewürdigten Gedanken ist es, wenn die Gegner unsrer Regel die Behauptung aufstellen, daß eine betagte Forderung durch den Eintritt des dies sich in eine unbetagte umwandle, und daß also konsequent, wie bei der letztren die Mora nicht ohne Interpellation entstehe, so auch bei der erstren nach Eintritt des dies die Interpellation erfolgen müsse. Dieser Annahme liegen aber wesentliche Mißverständnisse zu Grunde. Wenn eine Obligation sine die abgeschlossen ist, so hat dies die Bedeutung, daß zunächst nur das Rechtsverhältniß selbst begründet erscheint, über die Zahlungszeit aber gar nichts festgesetzt, sondern die Bestimmung derselben dem Willen des Gläubigers anheim gegeben ist; diesen seinen Willen spricht dann der Gläubiger durch die Interpellation aus, und darum kann bei unbetagten Forderungen wahre Mora nicht ohne Interpellation eintreten. Ist aber der obligatio ein dies solutionis beigefügt, so ist außerdem, daß die Forderung selbst alsbald zur Existenz gekommen ist, auch sogleich noch Bestimmung über die Zahlungszeit getroffen worden, und es kann also, wenn diese Zeit gekommen ist, offenbar nicht verlangt werden, daß der Gläubiger nochmals Bestimmung darüber treffe. Der Satz, daß sich nach Eintritt des dies die betagte Forderung in eine unbetagte verwandle, würde demnach, richtig aufgefaßt, die Absurdität enthalten: wenn die Zahlungszeit vertragsmäßig fixirt ist, so muß bei dem Eintritt dieser Zeit es so angesehen werden, wie wenn jener Vertrag nicht geschloßen wäre, und es muß also jetzt der Gläubiger über diese Zeit nochmals Bestimmung treffen! Zwar hat man dies durch die Erwägung rechtfertigen wollen, daß die frühere Bestimmung der Zahlungszeit noch gar keine Garantie darböte, daß es dem Gläubiger auch jetzt, bei dem Eintritt des Termins, entschieden um die Einhaltung desselben durch den Schuldner zu thun sei, und dies sei doch nothwendig, um den Eintritt der Folgen der Mora als gerecht erscheinen zu lassen, vgl. Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 76. In der That aber vermag ich nicht einzu-

sehen, wie die blose Möglichkeit, daß das Interesse und der Wille des Gläubigers sich geändert haben könnten, irgend rechtliche Berücksichtigung verdienen könne. — Viel richtiger und sachgemäßer ist der umgekehrte Satz: eine unbetagte Forderung wird durch Interpellation zu einer betagten, und die Wirkungen, welche bei der letztren mit dem Eintritt des vertragsmäßigen dies von selbst Platz greifen, treten also bei der erstren nur erst mit der Interpellation ein.

3) Um unsre Regel zu bekämpfen, hat man sich auch auf den bekannten Grundsatz: diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore berufen, l. 41. §. 1. de V. O., l. 17. de R. J., denn den Schuldner durch dieselbe Thatsache, welche lediglich seinen Nutzen bezwecke, in bedeutende Nachtheile zu verwickeln, sei doch aller zivilistischen Konsequenz zuwider. Es bedarf aber für den Unbefangenen keiner besondern Ausführung, daß die beiden Sätze: diei adjectio pro reo est und dies interpellat pro homine nicht allein in keinerlei Widerspruch stehen, sondern vielmehr gewisser Maaßen ein Kausalitätsnexus unter ihnen Statt findet. Eben weil der Schuldner in der ganzen Zwischenzeit nicht belangt werden kann, sondern ihm dieselbe völlig frei gegeben ist, so daß er ganz gemächtlich die etwa nöthigen Vorbereitungen zu rechtzeitiger Zahlung treffen kann, so ist es völlig in der Ordnung, daß, wenn er von dieser Begünstigung keinen Gebrauch machte, die Folgen seines Leichtsinns ihn nun auch treffen müssen.

4) Auch die Analogie bedingter Schuldverhältnisse hat man zur Bestreitung unsrer Regel benutzen wollen. Wie bei diesen es anerkannt Rechtens sei, daß nicht sogleich mit dem Eintritt der Bedingung die Mora des Schuldners beginne, sondern erst noch eine Interpellation nöthig sei, so müsse dies konsequent auch bei betagten Forderungen angenommen werden, denn beide, die betagten wie die bedingten Forderungen, hätten das Gemeinschaftliche, daß dadurch der dies solutionis (der dies veniens) hinausgerückt sei, und das Mehr, was noch die bedingte Forderung habe, daß nämlich dadurch auch der dies obligationis (der dies cedens), suspendirt sei, könne natürlich bei unsrer Frage keinen Unterschied begründen. — Das Wahre ist aber vielmehr, daß die Zufügung der Bedingung schlechthin nicht die Bestimmung hat, die Zahlungs-Zeit zu normiren, sondern dadurch nur festgestellt werden soll, ob und wann das Rechtsverhältniß zur Existenz komme, und tritt nun also die Bedingung ein, so ist es nun vollständig so, wie wenn eine unbedingte obligatio *sine die* abgeschlossen wäre. Daß hier also zum Eintritt der Mora noch eine Interpellation erfordert wird, ist ganz in der Ordnung, und jeder Schluß auf betagte Forderungen ist völlig unzulässig.

5) Einer der neuesten Gegner, Wolff a. a. O. schlägt den Weg ein, daß er die Regel dies interpellat in ihre einzelnen Theile

auflöst, und dann diese Theile prüft. In jener Regel liege nämlich, wenn sie wahr sein solle, nothwendig erstens, daß der Schuldner bei der oblig. ex die verpflichtet sei, das schuldige Object dem Gläubiger zu bringen, oder doch mindestens, sich zur Erfüllung zu erbieten, zweitens, daß er verpflichtet sei, das schuldige Objekt unaufgefordert zu bringen, und drittens, daß die Unterlassung hiervon eine solche Kulpa begründe, wie sie zur Mora erforderlich sei. Sobald einer dieser drei Sätze sich als unwahr herausstellen sollte, sei nothwendig die ganze Regel zu verwerfen. Nun sei aber wirklich nicht blos einer, sondern es seien alle drei Sätze falsch, denn der Schuldner sei in der Regel nicht verpflichtet, die Zahlung zu bringen, sondern der Gläubiger habe sie abzuholen; aber auch in den Fällen, wo er die Zahlung bingen müsse, sei es doch Prinzip des römischen Rechts, daß er dies nicht unaufgefordert zu thun verpflichtet sei, und selbst, wenn man auch dies leugnen wollte, so werde doch die Unterlassung hiervon nur in wenigen Fällen dem Debitor zur Kulpa zugerechnet werden können. — Was den ersten dieser drei Sätze anlangt, so soll davon noch am Ende dieser Anm. die Rede sein. Was aber die beiden andern Punkte betrifft, so enthält m. E. die ganze obige Ausführung hinlängliche Belege dafür, daß es allerdings bei einer obligatio ex die keiner besondren Aufforderung des Gläubigers mehr bedarf, und daß die Unterlassung der Zahlung zur festgesetzten Zeit jedenfalls eine viel größere Verschuldung des Säumigen voraussetzt, als die Nichtachtung einer auf augenblickliche Zahlung dringenden Interpellation. —

II. Der bisher aus den allgemeinen Prinzipien der Mora abgeleitete Satz, daß im Falle eines vertragsmäßig anberaumten Zahlungstermins die Mora auch ohne Interpellation eintrete, wird nun allerdings, wie auch schon oben bemerkt wurde, durch kein Gesetz unmittelbar bestätigt, und sehr viele Stellen, welche die Vertheidiger jenes Satzes zu zitiren pflegen, sind ohne alle Beweiskraft. Doch gibt es auch eine Reihe von Gesetzen, welche, wenn man sie ohne Vorurtheil betrachtet, allerdings auf unsere Regel hinweisen, und die namentlich dann, wenn man sie nicht einzeln auffaßt, sondern sich ihrem Totaleindruck hingibt, wohl die Ueberzeugung zu begründen geeignet sind, daß es unserer Regel auch nicht an positiver Bestätigung gebricht, obwohl sie derselben gar nicht bedürftig ist.

1) Schon der gesetzlich anerkannte Grundsatz: „Eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet“, cap. 31 de R. J. in 6to, vgl. l. 1. fin., l. 11. §. 15. 16. de A. E. V. (19, 1) führt unter Berücksichtigung unserer obigen Ausführungen von selbst dahin, daß es bei einem vertragsmäßig festgesetzten Zahlungstermin keiner Interpellation mehr bedürfe, und dies wird noch insbesondere in zwei

Konstitutionen Justinian's hervorgehoben. In l. 12. C. de contrah. stip. (8, 38) entscheidet nämlich Justinian die Streitfrage, ob es bei einer Pönalstipulation unter einem dies certus zum Verfalle der Strafe noch einer besondern Mahnung bedürfe, im Sinne vieler früheren Juristen (vgl. Huschke in Gießer Zeitschrift N. F. IV. S. 449 fgg.) verneinend:

„Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, *quum ea, quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat*",

und in l. 2. C. de jure emphyt. (4, 66) verordnet er wenige Monate nachher, und mit spezieller Berufung auf l. 12 cit., daß der Emphyteuta, welcher drei Jahre lang mit der Zahlung des Kanon im Rückstande sei, die Emphyteuse verlieren solle, wenn auch keine Mahnung erfolgt sei,

„*quum neminem oportet conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis* (l. 12. cit.) *generaliter cautum est*".

Dieselbe Verordnung wiederholt dann Gregor IX. für kirchliche Emphyteusen im Falle zweijährigen Rückstandes in cap. 4. X. de loc. et cond. (3, 18):

„Emphyteuta — — — cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, juste potuisset expelli, non obstante, quod ei ut canonem solveret, non extitit nunciatum, *quum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet*".

Bei diesen Gesetzen ist es nicht der dispositive Inhalt, der für unsere Frage von Bedeutung ist — denn die hier an den Ablauf des dies angeknüpften Folgen, Verfall der Konventionalstrafe und Verlust der Emphyteuse, setzen keine eigentliche Mora voraus —, sondern es ist die Art und Weise der Begründung. Augenscheinlich wird hier nämlich wiederholt der Gedanke ausgesprochen, daß bei einem vertragsmäßig fixirten Zahlungstermin der Schuldner unaufgefordert zu zahlen verpflichtet sei; und dieser Gedanke wird nicht etwa nur gelegentlich hingeworfen, sondern er wird geradezu in l. 2. cit. als ein gesetzlich anerkanntes Prinzip ausgesprochen. Freilich hat man wohl eingewendet, daß auf diese Motivirung in l. 2. cit. um so weniger Gewicht gelegt werden dürfe, weil da der Ausdruck so allgemein sei, daß man darnach alle und jede Interpellation, selbst auch bei unbetagten Forderungen, für überflüssig erklären müßte, was doch unmöglich im Sinne Justinian's liegen könnte; aber dieser Einwand ist ganz ungehörig, denn die

scheinbar allgemeine Ausdrucksweise findet in dem übrigen Inhalt des Gesetzes, wo gerade von einer betagten Forderung die Rede ist, und in der Berufung auf l. 12. cit. ihre bestimmte Beschränkung auf betagte Forderungen. Und eben so hat man gegen cap. 4. X. cit. einwenden wollen, daß da die Regel dies interpellat ausdrücklich nur für einen einzelnen besondern Fall („in hoc casu") anerkannt sei, und daraus also vielmehr ein gewichtiges Argument gegen ihre allgemeine Anwendbarkeit entnommen werden könne; aber ich kann nicht einsehen, weßhalb die Worte „in hoc casu" exklusiv genommen werden müßten, sondern der Papst will gewiß nur die allgemeine Regel dies interpellat auf den einzelnen Fall anwenden („da in diesem Falle die Regel dies interpellat pro domino Anwendung findet"), und diese Auslegung wird um so unzweifelhafter, da zu Gregor's IX. Zeiten jene Regel wirklich unbestritten als allgemein giltig anerkannt wurde. — Das Resultat ist dies: in den zitirten Gesetzen ist zwar nicht gesagt, daß bei betagten Forderungen zum Eintritt der Mora keine Interpellation nöthig sei — denn sie reden gar nicht von der Mora —, wohl aber ist es da in ganz unzweideutiger Weise als allgemeiner Grundsatz anerkannt, daß bei betagten Forderungen der Schuldner unaufgefordert zahlen und sich bei dem Eintritt des dies von selbst an seine Pflicht erinnern müsse. Diesen Grundsatz, dessen Allgemeinheit Justinian geflissentlich hervorhebt („generaliter cautum est"), blos auf die einzelnen Anwendungsfälle beschränken zu wollen, die in den zitirten Gesetzen vorkommen, gibt es keinen genügenden Grund, und wir sind sicher berechtigt, denselben auch in der Lehre von der Mora in Anwendung zu bringen. Verbinden wir nun demgemäß damit den schon oben benutzten Ausspruch des Celsus in l. 5. de R. C., wornach eine Mora namentlich dann angenommen werden soll, „si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberet, se dare oportere", so läßt sich doch nicht verkennen, daß die Prämissen, von denen wir oben in No I. bei Konstruktion der Regel dies interpellat pro homine ausgingen, auch in den Gesetzen ihre volle Anerkennung gefunden haben.

2) Ausser jenen allgemeinern Aussprüchen, die mit Konsequenz zu unsrer Regel hinführen, gibt es auch noch mehrere spezielle Gesetze, die völlig genügend nur dann erklärt werden dürften, wenn wir dabei unsre Regel voraussetzen. Es möchten dies namentlich folgende sein:

a) *Ulp.* l. 114. de V. O. (45, 1):

„Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus *ea die* praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, *moram* factam non esse".

Offenbar wird hier sogleich mit Ablauf des Lieferungstags

eine Mora angenommen, und wenn die Gegner meinen, in den Worten: per promissorem steterit liege eine Hinweisung darauf, daß doch auch eine **Interpellation** vorgekommen sein müsse, so ist diese Annahme nicht nur willkürlich, sondern unmöglich, weil doch die Interpellation immer erst **nach** Ablauf des Tages geschehen könnte, hier aber die Mora sogleich **mit** Ablauf des dies angenommen wird. Durch die Worte: per promissorem steterit will der Jurist vielmehr nur ausdrücken, daß die Schuld der Nichtablieferung den Debitor treffen müsse, und so kann freilich nicht von einer Mora desselben die Rede sein, wenn der Kreditor an jenem Tage ganz weggeblieben ist, oder die Empfangnahme verweigert hat.

b) *Pompon.* l. 33. eod.:

„Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor".

Wie nahe hier der Schluß liegt: daß, wenn der Sklave post diem gestorben sei, der Debitor allerdings hafte, daß also mit dem Ablauf des Zahlungstags die obligatio perpetuirt worden, und folglich eine Mora vorhanden sei, bedarf keiner näheren Ausführung.

c) *Dioclet* et *Maxim.* l. 10. C. de A. E. V. (4, 49):

„Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes".

Wenn man nicht mit den Gegnern von willkürlichen Suppositionen ausgeht, sondern sich einfach an Wort und Inhalt des Reskripts anschließt, so sagen die Kaiser: wenn der Verkäufer die Waare nicht an dem vertragsmäßig festgesetzten Tage abliefert, so kann der Käufer unbedenklich deßhalb eine Interesse-Forderung geltend machen, offenbar, weil der Verkäufer ohne Weiteres mit dem Ablauf des tempus placitum sich in einem Verzuge befindet.

d) In mehreren Stellen wird für den Fall, daß der Schuldner den festgesetzten Zahlungstermin nicht eingehalten hat, ausdrücklich von einer **Mora** geredet, vgl. namentlich l. 8. si quis caution. (2, 11) [„*e mora*"], l. 40. de R. C. (12, 1) [„ex eo tempore, quo *moram* facit"], l. 135. §. 2. de V. O. [„nec mulieris quidquam *propter eam moram* interesset"]. Besonderes Gewicht lege ich freilich auf diese Stellen nicht, weil der Ausdruck *mora* nicht selten auch für die blos objektive Mora gebraucht wird, und dies auch hier der Fall sein könnte, was um so leichter möglich ist, da wirklich in diesen Stellen von vertragsmäßigen Nachtheilen, nicht von den gesetzlichen Folgen der eigentlichen Mora die Rede ist. Ganz ohne Bedeutung sind aber solche wiederkehrende Ausdrücke nicht, weil jene vulgäre Bedeutung von mora doch immer die ungewöhnlichere, und es

natürlicher ist, anzunehmen, daß das Wort in seinem technischen Sinne gebraucht sei.

3) Zu weiterer Bestätigung unsrer Regel mag endlich hier auch noch angeführt werden, daß auch bei den Byzantinern nach Justinian dieselbe unbedenklich angenommen wurde, vgl. namentlich Schol. ad Basil. XXIII. 1. 5. (bei *Fabr.* tom. III. p. 245. sch. i, bei *Heimb.* tom. II. p. 593. schol. 4.):

„Cum audis Jureconsultum dicentem: *si scire debeat*, intellige, certum tempus solutioni adjectum esse, cit. lib. 43. tit. 5. cap. 12. — Fortasse enim in diem certum promiserat, et ab eo tempore in mora esse videtur, etiamsi eum non interpellavero, postquam dies exiit. Neque enim hoc mihi facere licet, quia dies certus est. Et quaere etc.“,

und ähnlich Schol. ad Harmenop. lib. III. tit. 3. §. 43. (in Meerm. thes. VIII. p. 171, in d. Ausg. von Heimbach p. 354):

„Quoniam qui ad diem solvere promisit, interpellationem exspectare non debet, alioquin conventam luit poenam. Disce regulariter, neminem eorum, qui quid ad certum diem praestare debent, excusari, si non solvat, dicendo: idcirco non solvi, quod monitus non fui. Qui enim ad diem debet, ipse monere se debet, neque creditoris commonitionem expectare, quemadmodum ex aliis quoque multis locis discere licet“. Vgl. auch Zachariä v. Lingenthal in d. gesch. Zeitschr. XIV. S. 134, wo dieses Schol. als „eine noch ungedruckte“ Stelle aus dem Digesten-Kommentar des Stephanus aus einer Pariser Handschrift mitgetheilt wird).

III. Schließlich müssen hier auch noch die Gesetze betrachtet werden, durch welche man die Unhaltbarkeit unsrer Regel zu beweisen versucht hat, wobei natürlich alle solche Stellen außer Betracht bleiben, welche offenbar irrelevant, und auch von den bessern Gegnern selbst aufgegeben sind. Ich werde daher in Folgendem nur diejenigen Gesetze anführen, welche der gründlichste und ausführlichste Vertheidiger der gegentheiligen Meinung, v. Schröter, in seinen beiden oben zitirten Abhandlungen als besondere Stützen seiner Ansicht bezeichnet hat.

1) Zunächst beruft sich v. Schröter auf eine Reihe von Gesetzen, wornach allgemein zum Eintritt der Mora Interpellation erfordert werde, l. 24. §. 2, l. 32. pr. §. 1. h. t., l. 2. de naut. foen. (22, 2), l. 36. §. 3. de legat. I., l. 24. quando dies legator. (36, 2), l. 23. de O. et A. (44, 7), l. 23. 24. 49. §. 3. de V. O. (45, 1). In allen diesen Stellen werde jenes Erforderniß ohne alle Beschränkung, ohne alle Unterscheidung zwischen unbetagten und betagten Forderungen ausgesprochen, und erwäge man nun, daß die

betagten Forderungen mindestens die eine Hälfte aller Forderungen ausmachten, so könne man gewiß nicht jene Gesetze mit dem alten Spruch: nulla regula sine exceptione abfertigen, sondern man müsse darin ein dringendes Argument sehen, daß auch bei betagten Forderungen Interpellation nöthig sei. — Dagegen ist einfach Folgendes zu erwidern. Jede Tagesbestimmung ist eine besondere Modifikation einer obligatio, nicht anders, wie die Zufügung einer Bedingung, eines Modus u. dgl. Wenn aber in den Quellen allgemeine Grundsätze über Obligationen aufgestellt werden, so gelten diese begreiflich zunächst nur für die reinen, nicht besonders modifizirten Obligationen, und dabei kann es auch ganz und gar keinen Unterschied machen, ob solche Modifikationen häufig vorkommen oder nicht. So versteht es sich denn auch von selbst, daß jene gesetzlichen Aussprüche über die Nothwendigkeit einer Interpellation zunächst nur auf reine, unbetagte Schuldverhältnisse zu beziehen sind, und es also, ungeachtet der scheinbar allgemeinen Ausdrucksweise, doch ganz wohl damit verträglich ist, daß bei besonders modifizirten, namentlich bei betagten, Obligationen wegen besondrer Gründe andre Grundsätze gelten. Jene Stellen könnten nur dann gegen unsre Regel beweisen, wenn sich besonders nachweisen ließe, daß sie auch auf betagte Forderungen Bezug hätten, was aber so wenig der Fall ist, daß vielmehr bei den meisten derselben offensichtlich gerade unbetagte Forderungen bestimmt vorausgesetzt werden.

2) Außerdem stützt sich Schröter noch besonders auf l. 26. §. 1. und l. 53. pr. de fideic. libert. (40, 5), denn da hier speziell zu Gunsten der *libertas fideicommissaria* mit dem festgesetzten Tage eine Mora angenommen werde, so könne dies nicht schon als allgemeines Recht gelten. Offenbar aber ist in jenen Stellen gar nicht von einem besonders festgesetzten Tage, sondern nur von dem gewöhnlichen dies fideicommissi *veniens*, d. h. dem dies hereditatis aditae die Rede, und von diesem an wird hier allerdings ausnahmsweise eine Mora angenommen.

3) Ferner beruft sich Schröter auf l. 3. C. in quib. caus. in int. rest. (2, 41), l. 5. C. de A. E. V. (4, 49), l. 87. §. 1. de legat II., denn in diesen Stellen werde speziell für Minderjährige zu Gunsten der *minor aetas* angenommen, daß schon mit dem festgesetzten dies eine Mora für die Schuldner des Minderjährigen anfange. Augenscheinlich ist aber auch in diesen Gesetzen gar nicht von einem besonders festgesetzten Zahlungstag die Rede, sondern es wird da nur der allerdings singuläre Satz ausgesprochen, daß die Schuldner der Minderjährigen immer schon, also namentlich auch, wenn kein Zahlungstag festgesetzt ist, mit dem Augenblick der Fälligkeit der Schuld, in Mora sein sollen.

4) Das Argument aus l. 17. §. 4. h. t.

Paul. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet“,

verschwindet von selbst, wenn man nur nicht auf willkürliche Weise supponirt, daß hier ein besondrer Zahlungstermin anberaumt gewesen sei. Vielmehr sagt Paulus ganz einfach: wenn der Miether mit Zahlung des Miethgelds zögert, so kann er, wenn nicht etwa Zinsen bedungen sind, nur unter Voraussetzung einer Mora zur Zinszahlung angehalten werden. Das also wird freilich hierdurch bewiesen, daß nicht jede verzögerte Zahlung eine Mora ist, aber dies wird auch von Niemanden geleugnet; was aber zur Mora erforderlich sei, darüber findet sich in jener Stelle auch nicht die mindeste Nachweisung.

5) Endlich kann auch l. 49. §. 3. de V. O. (45, 1):

Paul „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse“,

unsre Regel nicht umstoßen, denn es ist da nur der gewiß wahre Satz ausgesprochen, daß eine Interpellation v o r dem festgesetzten Zahlungstermin keine Mora für den Schuldner begründen könne, woraus doch unmöglich gefolgert werden kann, daß nach dem Zahlungstag zum Eintritt der Mora Interpellation nöthig sei. Und wenn man, um unsre Regel aus dieser Stelle zu widerlegen, auch noch annimmt, daß da vorausgesetzt werde, der Sklave sei post diem verstorben, so ist dies eben nur eine ganz willkürliche Supposition. Vielmehr ist es augenscheinlich das Natürlichste, das „ante diem“ nicht blos mit dem „interpellatus sit“, sondern auch mit dem „servus decesserit“ in Verbindung zu bringen, und wenn dies auch blos m ö g l i c h wäre, so würde dadurch jede Beweiskraft der Stelle elidirt.

Aus diesen wesentlichen Gründen bin ich der Meinung, daß die Regel: dies interpellat pro homine kein „alter Irrthum“ sei, sondern daß sich mit vollstem Rechte von jeher die herrschende Lehre für dieselbe entschieden hat. Dieselbe ist auch durch eine seit Jahrhunderten unwandelbar feststehende Praxis so sehr in unsrem Rechtsleben eingewurzelt, daß es wahrlich stärkerer Gründe, als die bisher dagegen vorgebrachten sind, bedürfte, um dieselbe daraus zu verdrängen. Ja, ich bin der Ueberzeugung, daß selbst dann, wenn sich nachweisen ließe, daß die Regel im römischen Rechte nicht begründet sei, sie doch h. z. T. als Gewohnheitsrecht vollkommen Anspruch auf Geltung hätte, denn gerade hier läßt sich gewiß mit vollstem Rechte sagen, daß die eigentliche Quelle dieser communis opinio nicht in einer etwa irrigen Auslegung des römischen Rechts zu suchen

sei, sondern in einem gemeinsamen Rechtsgefühl, wornach eine solche Regel als die Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses erscheinen mußte. Daß unter solchen Voraussetzungen selbst ein an und für sich irriger Satz durch Gewohnheitsrecht gleichsam sanktionirt werden könne, erkennt auch namentlich Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 68 fgg. an, obwohl derselbe freilich gerade bei unserer Frage anderer Meinung ist, ebendas. S. 76 fgg., vgl. auch Schröter a. a. O. IV. S. 128 fgg.

Zum Schluß mag hier noch ein Punkt in Erwägung gezogen werden, der auch schon bei der hier behandelten Kontroverse zur Sprache gebracht ist. Es gibt nämlich unzweifelhaft viele Schuldverhältnisse, bei welchen der Debitor, sei es wegen Beschaffenheit des Objekts (z. B. wenn Immobilien Gegenstand der Leistung sind), oder wegen sonstiger Natur der obligatio, nicht verpflichtet ist, den schuldigen Gegenstand dem Gläubiger zu bringen, sondern dieser vielmehr ihn abholen muß. Und für Fälle dieser Art hat man nun schon die Behauptung aufgestellt, daß dabei in keinem Falle von unsrer Regel Anwendung gemacht werden könne, vgl. z. B. *Ratjen* l. c. p. 32, Wolff a. a. O. S. 322 fgg. In der That kann ich aber auch nicht den mindesten genügenden Grund für eine solche Behauptung auffinden, sondern ich nehme unbedenklich an, daß auch in solchen Fällen die Mora ohne Interpellation eintritt; vorausgesetzt natürlich, daß die sonstigen Erfordernisse der Mora begründet sind. Wenn also freilich an dem festgesetzten Tage der Gläubiger weder in Person noch durch einen Bevollmächtigten erschienen ist, um das schuldige Objekt in Empfang zu nehmen, so kann trotz des Ablaufs des Tags von Mora keine Rede sein, „*quia non per promissorem stetit,* quo minus ea die praestetur", l. 114. de V. O. War aber der Gläubiger bereit und es liegt also wirklich am Schuldner, daß die Leistung zur bestimmten Zeit nicht erfolgt, so muß auch sogleich mit Ablauf derselben Mora angenommen werden, obwohl keinerlei Interpellation vorgekommen ist. Man wende nicht ein, daß hier immer schon in der Gegenwart und Bereiterklärung des Gläubigers eine Interpellation enthalten sei. Wäre dies richtig, so würde für Fälle solcher Art kein wahrer Streit zwischen den Vertheidigern und den Gegnern der Regel sein, weil dann immer dies interpellans und homo interpellans zusammenträfen. In der That ist aber jene Behauptung unrichtig, und um das zu erkennen, braucht man sich nur an den, auch von den Gegnern stets angenommenen Satz zu erinnern, daß eine wirksame Interpellation immer erst nach Ablauf des Zahlungstags geschehen könne. Denken wir uns also z. B. daß der Gläubiger, welcher an dem bestimmten Tage an dem Ablieferungsorte erschienen ist, dem aber der Schuldner die Leistung bestimmt verweigerte, wieder abgereis't ist, ohne erst nach

Ablauf des Tags mit dem Schuldner nochmals zu verhandeln, so kann von einer wirksamen Interpellation keine Rede sein, und die Gegner müssen hier also auch eine Mora in Abrede stellen. Nach unsrer Ansicht muß dagegen allerdings eine Mora angenommen werden, weil auch in Fällen solcher Art die Regel dies interpellat pro homine Anwendung finden muß. Einen positiven Beleg dafür enthält auch die schon oben zitirte l. 114. de V. O., wo gerade von Ablieferung eines fundus, also gewiß von einem Falle die Rede ist, in welchem der Schuldner nicht zu einem Bringen verpflichtet sein kann.

Anm. 3. Sehr bestritten ist es, ob der säumige Schuldner unbedingt vom Augenblicke der Mora das periculum tragen, oder ob dies nicht vielmehr dahin gemildert werden müsse, daß er dann davon befreit werde, wenn jener Nachtheil den Gläubiger doch jedenfalls getroffen hätte, auch wenn der Schuldner nicht in mora gewesen wäre? Schon die Glossatoren waren hierüber verschiedener Meinung, Gl. ad l. 12. §. 3, l. 14. §. 1. depos., *Haenel*, dissens. Dom. p. 138. §. 23, und wenn auch die mildere Meinung des Martinus von jeher die meisten Vertheidiger fand, und namentlich auch in unsern Tagen von den Meisten angenommen wird, so hat es doch auch der strengern Lehre des Johannes in keiner Zeit an Anhängern gefehlt, und neuerlich ist dieselbe sehr ausführlich von v. Madai §. 46 fgg. S. 284 fgg. in Schutz genommen worden; vgl. auch über die Geschichte dieser Kontroverse die zahlreichen Nachweisungen bei Madai S. 289 fgg. Ich kann, trotz der sorgfältigen Ausführungen Madai's, dem auch Schilling in der angef. Rez. S. 253 fgg. und Fritz zu Wening II. S. 359 fgg. beistimmen, keinen genügenden Grund einsehen, die herrschende Lehre zu verlassen. Der wesentliche Fehler der Madai'schen Darstellung scheint mir hierbei der zu sein, daß er die s. g. perpetuatio obligationis als selbstständiges Prinzip an die Spitze der Lehre von den Wirkungen der Mora stellt, und daraus dann die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners als konsequente Folge deduzirt; denn, sagt er, nach dem Prinzip der perpetuatio obligationis ist durch die Mora die Sache als eine ewige, unvergängliche gedacht, also der absolute Werth derselben, die aestimatio, Inhalt der obligatio geworden, und auf diesen nunmehrigen Inhalt der obligatio muß es ohne Einfluß bleiben, ob die Sache auch bei dem Gläubiger zu Grunde gegangen wäre, und ob der Kreditor sie in diesem Falle hätte veräußern können, oder nicht. — In der That ist aber in jener s. g. perpetuatio obligationis gar kein selbstständiges Prinzip enthalten, sondern dieselbe ist nur eine Konsequenz des höhern Grundsatzes, daß der säumige Schuldner wegen seiner Kulpa verpflichtet ist, dem Gläubiger das gesammte

Interesse zu vergüten, d. h. daß er alles das dem Gläubiger zu leisten hat, was dieser ohne jene Mora gehabt hätte. Aus diesem Grundsatze, aus welchem sich alle Wirkungen der Mora mit Leichtigkeit ableiten lassen, folgt unter Anderm auch die s. g. perpetuatio obligationis, welche aber, als bloser Folgesatz, von selbst die Beschränkungen in sich trägt, welche durch jenen höhern Grundsatz bedingt sind. Gehen wir nun demgemäß bei unsrer Frage nicht von diesem blosen Folgesatz, sondern von jenem höheren Grundsatze aus, so leuchtet von selbst ein, daß, wenn die res debita jedenfalls auch bei dem Gläubiger untergegangen wäre, und dieser sie auch nicht vorher veräußert hätte, durch die Mora des Schuldners der Gläubiger gar keinen wahren Schaden erlitten hat, und er also auch keine Vergütung in Anspruch nehmen kann, d. h. daß die s. g. perpetuatio obligationis unter den angegebenen Voraussetzungen eine Ausnahme leiden muß. Dieser Satz findet auch seine genügende positive Bestätigung in einer Reihe von Stellen, vgl. l. 14. §. 11. quod met. causa (4, 2), l. 40. pr. de hered. pet. (5, 3), l. 15. §. 3. de R. V. (6, 1), l. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4), l. 14. §. 1. depos. (16, 3), l. 47. §. 6. de legat. I. Geht man freilich mit v. Madai von dem Gedanken aus, daß die hier angedeutete Modifikation jener perpetuatio obligationis eine Singularität sein würde, so lassen sich allenfalls diese Stellen künstlich wegdeuteln, wie dies namentlich auch v. Madai und Fritz a. d. a. O. versuchen; muß man aber in jener Modifikation eine durchaus konsequente Anwendung eines höheren Prinzips anerkennen, dann enthalten jene Stellen einen vollgültigen Beweis für die auch im positiven Rechte anerkannte Realität jener Modifikation. Dagegen kann auch nichts entscheiden, daß in einer ganzen Reihe von Stellen, ohne besondre Angabe jener Beschränkung, die Perpetuirung der obligatio als Folge der Mora ausgesprochen wird, vgl. l. 5. pr. de R. C. (12, 1), l. 25. sol. matr. (24, 3), l. 39. §. 1, l. 108. §. 11. de legat. I., l. 23, l. 82. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 58. §. 1. de fidej. (46, 1), l. 31. pr. de novat. (46, 2), l. 3. C. de usur. (6, 47); denn darin liegt nur, daß die perpetuatio obligationis die Regel ist, ohne daß damit irgend etwas über das Dasein oder Nichtdasein jener Ausnahme bestimmt wäre. Gewiß mit Recht haben sich daher auch die meisten Späteren gegen Madai erklärt; vgl. z. B. Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 20 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 357. Not. 4, Puchta, Pand. §. 268, Unterholzner I. S. 121 fgg., Wolff a. a. O. S. 462 fgg., Sintenis II. S. 193 fg. Anm. 44, *Molitor* cit. I. p. 446 sqq., Buchka, Einfluß des Proz. auf die mat. Rechtsverh. I. S. 202 fgg., Wächter, Erörtr. H. 3. S. 133, und im Wesentlichen auch Savigny Syst. VI. S. 170 fgg., bes.

S. 188 fgg.; s. auch Mommsen, Beiträge zum Obl. R. I. S. 268 fgg. — Was noch die Beweislast anbelangt, so ergibt sich aus der bisherigen Darstellung von selbst, daß der säumige Schuldner, um von der Verbindlichkeit zur Ersatzleistung befreit zu werden, den Beweis übernehmen muß, daß die Sache, auch wenn sie zu rechter Zeit an den Gläubiger abgeliefert wäre, doch zu Grunde gegangen, und dieselbe auch vom Gläubiger nicht verkauft sein würde; denn, wenn viele Aeltere in der letztren Beziehung andrer Meinung sind, und vielmehr den Gläubiger zum Beweis verpflichten, daß er die Sache veräußert haben würde, wenn er sie zu rechter Zeit gehabt hätte, so hatte dies wohl nur in den früher so verbreiteten Irrthümern über den Beweis von Negativen seinen Grund; vgl. auch Holzschuher II. 2. S. 232. und die dort zahlreich Genannten, u. s. noch Buchka a. a. O. S. 210 fgg. und Savigny cit. S. 188 fgg.

Manche Vertheidiger der richtigen Ansicht nehmen aber doch wenigstens bei dem Dieb und dem gewaltsamen Besitzer eine Ausnahme an, indem sie diese unbedingt für jeden Zufall haften lassen, selbst wenn derselbe sicher auch den Eigenthümer getroffen hätte, vgl. z. B. Mühlenbruch und Puchta a. d. aa. OO., *Krug* selecta de cond. furt. capita p. 23 sqq., Sintenis S. 194. Anm. 45, *Molitor* I. p. 445 u. A. m. Ich muß die Richtigkeit dieser Ausnahme bezweifeln. Zwar ist es an sich gar nicht unnatürlich, daß solche Verbrecher härter behandelt würden, als der blose säumige Schuldner, wie es denn auch wirklich einmal von einem solchen heißt: „quia ex ipso tempore delicti *plus quam frustrator* debitor constitutus est", l. 19. de vi (43, 16), und ferner ist nicht zu leugnen, daß in vielen Stellen ganz allgemein der Grundsatz ausgesprochen wird, daß der Dieb und gewaltsame Besitzer für den Zufall einstehen müßten; vgl. l. 7. §. 2, l. 8. §. 1, l. 16, l. 20. de cond. furt. (13, 1), l. 50. pr. de furt. (47, 2), l. 2. C. de cond. furt. (4, 8), l. 9. C. de furt. (6, 2) — l. 1. §. 34, l. 19. de vi (43, 16), l. 7. C. de cond. ob turp. caus. (4, 7). Aber gewiß sind diese scheinbar allgemeinen Aussprüche nur mit derselben Beschränkung zu verstehen, wie die oben angeführten Stellen, welche denselben Satz eben so allgemein für den säumigen Schuldner aussprechen. Dies geht theils daraus hervor, weil die zitirten Gesetze die da ausgesprochene Verpflichtung des Diebs zur Uebernahme des Perikulum gerade auf den Grund zurückführen, „quia fur semper *moram facere intelligitur*", woraus doch gewiß gefolgert werden muß, daß ein Dieb oder gewaltsamer Besitzer gerade so, wie ein säumiger Schuldner haften solle, also sicher auch mit derselben Be-

schränkung; theils aber spricht dafür auch noch ein bestimmtes Quellenzeugniß, nämlich die l. 14. §. 11. quod met. c. (4, 2): *Ulp.* „Sed etsi non culpa ab eo, quocum agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus, *sicut in interdicto Unde vi, vel Quod vi aut clam observatur.* Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset", denn die Hinweisung auf das interd. Unde vi nicht auch auf die hier angegebene Beschränkung der Haftpflicht beziehen zu wollen, ist doch gewiß willkürlich. Vgl. auch Thibaut, Syst. §. 99, v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 242, Roßhirt, gem. deutsches Zivilrecht. §. 363, Buchka I. S. 208 fgg. u. A. m.

B) Wirkungen der Zahlung. §. 589.

Anm. Wenn mehrere Schuldposten vorhanden sind, und die gemachte Zahlung nicht zur Deckung aller hinreicht, so entsteht die Frage, welche dieser mehreren Schulden als vorzugsweise getilgt angenommen werden müsse? Vgl. *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI., c. 12. nr. IV. sqq. (in opp. IV. p. 791 sqq.), *Averan.*, interpr. jur. V. 32, *Mittag*, de solut. quae fit ab eo, qui ex plurib. caus. deb. alter. exist. Rost. 1795, *Gmelin*, de graviori causa in quam a debitore ex plurib. caus. solutio facta esse praesumatur. Tub. 1801, Funcke, Beiträge Nr. 4. S. 190 fgg., v. Buchholtz, jur. Abh. Nr. 28. S. 347 fgg., Fritz zu Wening Bd. II. S. 391 fgg., Unterholzner I. S. 463 fgg. Hierbei ist vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Schuldner die Zahlung leistet, oder ob der Gläubiger sich selbst bezahlt macht (etwa durch Verkauf von Pfändern).

I. Wenn die Zahlung von dem Schuldner selbst ausgeht, so gilt 1) die natürliche Regel, daß derselbe auch frei bestimmen darf, welche Schuld er mit der gemachten Zahlung tilgen wolle, und der Gläubiger ist, sofern nur eine solche Bestimmung in continenti erfolgte, schlechthin daran gebunden, l. 1, l. 101. §. 1. de solut. (46, 3), l. 1. C. eod. (8, 43). Nur versteht es sich von selbst, daß die Zahlung, welche der Schuldner wählt, auch alle Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Zahlung haben muß, und wenn also der Gläubiger dann, wenn der gewählte Schuldposten der einzige wäre, die Annahme verweigern dürfte, so steht ihm dasselbe Recht

auch dann zu, wenn noch mehrere andre Forderungen damit zusammen treffen. Würde also z. B. die Zahlung in Betreff des vom Schuldner gewählten Postens nur als Stückzahlung erscheinen, oder wären dabei etwaige Ortsbestimmungen nicht gewahrt u. dgl. m., so braucht sich der Gläubiger jene Wahl nicht gefallen zu lassen; aber doch hat er auch in solchen Fällen nicht das Recht, der Zahlung eine andre Bestimmung anzuweisen, sondern er darf stets nur die Annahme verweigern, ohne deshalb eine mora accipiendi befürchten zu müssen; nimmt er aber an, dann muß er sich unbedingt der Bestimmung des Schuldners unterwerfen. — Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, ob der Schuldner dann, wenn Kapital und Zinsen fällig sind, das Recht habe, die Zahlung auf das Kapital anzurechnen? Da nämlich Kapital und Zinsen als ein Schuldposten angesehen werden müssen — weshalb auch der Schuldner nur dann, wenn er beides zusammen offerirt hat, zur Deposition berechtigt ist, l. 19. C. de usur. (4, 32) —, so würde die Zahlung auf das blose Kapital als eine Stückzahlung erscheinen, und darf als solche vom Gläubiger zurückgewiesen werden; nimmt er sie aber an, dann muß er sie auch, wie es der Schuldner bestimmt hat, auf das Kapital anrechnen, und die entgegenstehende Meinung von Funcke a. a. O. S. 206 fgg., daß er sie dennoch auf die Zinsen schlagen dürfe, widerspricht nicht nur allgemeinen Grundsätzen, sondern auch speziellen gesetzlichen Aussprüchen, vgl. l. 102. §. 1. de solut., l. 21. C. de usur. (4, 32). — Geschähe die Abschlagszahlung „auf Kapital und Zinsen“, so hat eine derartige Erklärung nicht etwa den Sinn, daß auf beides verhältnißmäßig, und noch weniger den, daß zuerst auf das Kapital, und dann auf die Zinsen abgerechnet werden solle, sondern es darf umgekehrt der Gläubiger die Zahlung zuerst auf die Zinsen rechnen, und nur das Uebrigbleibende schlägt er dann auf das Kapital, l. 5. §. 3, l. 6. de solut.; zwar ist in diesen Stellen von dem Falle die Rede, wenn der Gläubiger verspricht, „in sortem et usuras se accipere“, aber es scheint mir unzweifelhaft, daß dasselbe auch angenommen werden muß, wenn der Schuldner erklärt „in sortem et usuras se solvere“, denn auch hier paßt der Grund des Paulus in l. 6. cit.: „nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id, quod agi videtur“.

2) Hat der Schuldner keine Bestimmung getroffen, so geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, l. 1. de solut., l. 1. C. eod. (8, 43), welcher es jedoch ebenfalls in continenti ausüben muß, l. 1. 2. 3. de solut., und insofern dabei beschränkt ist, daß er die Zahlung nicht auf eine noch illiquide, oder noch nicht fällige,

oder auf eine blose Bürgschafts-Schuld abrechnen darf, l. 1. cit., welche offenbar korrumpirte Stelle doch wohl so gelesen werden muß:

„Quoties vero non dicimus id, quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus; id est non in id debitum, quod est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat; aut cujus dies nondum venerat; aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret“.

Vgl. die Nachweisungen bei v. Buchholtz a. a. O. S. 351. Not. 7. — Sind diese Schranken gewahrt, aber der Debitor protestirt dennoch gegen die vom Gläubiger gemachte Bestimmung, so darf nun zwar der Letztre seinen Willen nicht durchsetzen, sondern der Schuldner kann die Zahlung zurücknehmen, l. 2. de solut., aber unzweifelhaft ist dann derselbe sogleich in Betreff des vom Gläubiger designirten Schuldpostens in einer mora solvendi.

3) Sind von keiner Seite besondere Erklärungen vorgekommen, und es handelt sich um Kapital und rückständige Zinsen, so werden immer die letztren als vor dem Kapital bezahlt angenommen, l. 5. §. 2. 3, l. 6, l. 48. fin. de solut., l. 1. C. eod., vorausgesetzt, daß dieselben nicht blos naturaliter geschuldet werden, denn wenn dies der Fall ist, so muß die Zahlung zunächst auf das Kapital abgerechnet werden, l. 5. §. 2. cit. Handelt es sich aber um mehrere verschiedene Kapitalschulden, so gilt vor Allem die Regel, daß die Zahlung immer nur auf liquide und schon fällige Forderungen bezogen werden darf, l. 1, l. 3. §. 1, l. 103. de solut. Diese liquiden, fälligen Schulden werden aber in folgender Ordnung als bezahlt angenommen:

a) Vor allen kommen natürlich die an die Reihe, bei denen besonders ausgemacht ist, daß sie vor den andern bezahlt werden sollen, l. 89. §. 2. de solut.

b) Dann kommen die lästigeren Schulden, l. 5. pr. de solut., und zwar unter ihnen zunächst die, deren Nichterfüllung den Schuldner infamiren würde, dann die mit einer Strafe verbundenen, und hierauf die, für welche Pfänder bestellt sind, l. 97. de solut.

Papinian. „Quum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa ejus pecuniae, quae sub infamia debetur [cf. l. 7. h. t.], mox ejus, quae poenam continet, tertio, quae sub hypotheca vel pignore contracta est“.

In die Kategerie der Schulden, quae poenam continent, gehören auch Judikats-Schulden, und diejenigen, *quae infitiatione*

crescunt, l. 7. de solut., und ihnen gleich zu achten sind auch wegen augenscheinlicher Gleichheit des Grundes verzinsliche Schulden, vgl. auch arg. l. 12. fin. de usur. (22, 1). Denjenigen aber, für welche Pfänder bestellt sind, stehen auch diejenigen gleich, „quae *sub satisdatione* debentur“, l. 5. pr. eod.

c) Unter mehreren gleich lästigen, oder gleich wenig lästigen ist zunächst auf die eigenen, und dann erst auf die fremden abzurechnen, die der Zahlende etwa als Bürge oder sonst durch Interzession übernommen hat, l. 97. cit., wo Papinian unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fidejussoris, quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse“,

vgl. l. 4. eod.

d) Entscheidet auch diese Rücksicht nicht, so wird zunächst die ältere Schuld als getilgt angesehen, l. 97. cit.:

„Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur“,

vgl. l. 5. pr., l. 24, l. 102. §. 2. eod.

e) Bei mehreren gleich alten Schulden wird verhältnißmäßig auf sämmtliche abgerechnet, l. 8. h. t.

Paul. „Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum“.

f) Zuletzt kommen die blosen Natural-Schulden an die Reihe, l. 94. §. 3. eod., vgl. l. 5. §. 2, l. 101. §. 1. eod. —

Diese Klassifikation wird auch dadurch nicht alterirt, wenn etwa die gezahlte Summe nicht gerade der Größe derjenigen Schuld entspricht, welche in Gemäßheit dieser Regeln den übrigen vorgeht, und wenn also z. B. der Schuldner 50 unter einer Konventionalstrafe, und 100 ohne eine solche schuldet, und er zahlt jetzt 100, ohne zu bestimmen, wofür, so muß die Zahlung doch auf die gravior causa, also auf die Schuld von 50, bezogen werden, und nur der Ueberschuß wird dann auf die minder lästige Schuld von 100 abgerechnet, l. 97. cit.:

„Si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum“.

II. Macht der Gläubiger sich selbst bezahlt, so gilt die Regel, daß er dabei seinen Vortheil berücksichtigen darf, und so kann er also z. B. die Zahlung vorzugsweise auf diejenige Schuld anrechnen,

für welche ihm kein Bürge haftet, l. 73. de solut., oder auch auf eine blose Naturalschuld, l. 101. §. 1. eod. Doch treten hierbei einige spezielle gesetzliche Beschränkungen ein. Wenn nämlich ein Pfand gleichzeitig wegen mehrerer Schulden bestellt ist, so muß der distrahirende Pfandgläubiger den Erlös des Pfandes verhältnißmäßig auf sämmtliche Schulden anrechnen, und wenn es successiv bestellt war, so muß stets die frühere Pfandschuld als zunächst getilgt angenommen werden, l. 96. §. 3. eod. Und werden einem Pfandgläubiger Zinsen, theils civiliter, theils naturaliter geschuldet, so muß er auf beide gleichviel abrechnen, und zwar findet nicht etwa eine verhältnißmäßige Abrechnung statt, sondern es muß auf jede der mehreren Zinsforderungen, mögen sie ihrer Größe nach auch noch so verschieden sein, eine völlig gleiche Summe geschlagen werden, l. 5. §. 2. de solut.

C) Beweis der Zahlung. §. 590.

Anm. Ueber die Verbindlichkeit des Gläubigers, dem zahlenden Schuldner eine Quittung auszustellen s. l. 18. C. de testib. (4, 20), l. 19. C. de fide instrum. (4, 21), l. 1. §. 2. C. de apoch. publ. (10, 22); vgl. Linde in Gießer Zeitschr. I. S. 244 fgg., Busch im ziv. Arch. XXXI. S. 1 fgg.

---

2) Von dem Einfluß der obligatio auf periculum und commodum. §. 591.

Dig. XVIII. 6, Cod. IV. 48. de periculo et commodo rei venditae. — *Brandenburg*, principia quaedam generalia de damno casuali ejusque praestatione. Goetting. 1793, Glück IV. S. 368 fgg., vgl. auch XIII. S. 37 fgg., XVII. S. 126 fgg., v. Wächter im ziv. Arch. XV. Nr. 6 und 9. (vgl. auch Ejusd. doctr. de cond. causa data c. n. s. Tub. 1822. p. 44 sqq.), Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 374 fgg., Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilr., insbes. die Lehre von den Unglücksfällen. Tüb. 1838. S. 31 fgg., v. Madai, die Lehre von der Mora S. 277 fgg., Schilling in Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 250 fgg., Wolff zur Lehre von der

Mora S. 126 fgg., v. Wening-Ingenheim, Schadenersatz S. 239 fgg., Fuchs im ziv. Arch. XXXIV. S. 106 fgg. S. 224 fgg. S. 358 fgg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. Recht Bd. I. 1853. S. 228 fgg. — Koch I. S. 188 fgg., Unterholzner I. S. 511 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 458 fgg., *Molitor* l. c. I. p. 369 sqq. — Ueber das commodum vgl. bes. Ihering, Abhh. S. 1 fgg., u. s. auch Mommsen cit. S. 297 fgg.

Anm. Es ist eine eben so wichtige, als in vielen Beziehungen bestrittene Frage, wer bei Obligationen die Gefahr zu tragen habe? Es möchte dabei auf folgende Hauptpunkte ankommen:

I. Was hier zunächst die Begriffe anbelangt, so kann man nur dann sagen: der Kreditor trägt die Gefahr (res creditoris periculo est — res creditori perit), wenn die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung von Seiten des Schuldners denselben ganz befreit, ohne daß der Gläubiger einen Ersatz begehren, oder seine etwaige Gegenleistung zurück behalten könnte, vgl. t. t. Dig. et Cod. de per. et comm. rei vend., u. s. auch etwa noch l. 11. pr. de R. C. (12, 1), l. 3. de naut. foen. (22, 2), l. 8. pr. de novat. (46, 2), l. 39, l. 72. §. 2. de solut. (46, 3), l. 8. C. de pign. act. (4, 24), l. 1. 4. C. de naut. foen. (4, 33). Der Debitor trägt die Gefahr (res debitoris periculo est — res debitori perit), wird aber dann gesagt, wenn im Falle kasueller Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner entweder die Aestimation leisten muß, oder zwar von seiner Verbindlichkeit ganz befreit wird, aber auch seine Ansprüche auf die etwaige Gegenleistung von Seiten des Gläubigers einbüßt, vgl. außer t. t. Dig. et Cod. cit. auch z. B. noch l. 4. pr., l. 11. de R. C. (12, 1), l. 23. de pec. const. (13, 5), l. 5. §. 7. commod. (13, 6), l. 12. §. 3. depos. (16, 3), l. 47. §. 6, l. 108. §. 11. de legat. I., l. 3. C. de usur. leg. (6, 47). Wenn bei diesen Begriffs-Bestimmungen nur auf das periculum *interitus* Rücksicht genommen wurde, so versteht sich doch die Anwendung derselben auf das periculum *deteriorationis* ganz von selbst. Vgl. bes. Wächter a. a. O. S. 99 fgg.

II. Es sind, namentlich auch wieder in unsren Tagen, verschiedene Versuche gemacht worden, die Regeln über das periculum bei Obligationen auf ein leitendes Prinzip, gleichsam auf eine Formel zurück zu führen, jedoch ohne wahren Erfolg. Wenn viele Aeltere — denen auch jetzt noch z. B. Schilling a. a. O. und Lehrb. Bd. III.

§. 234. Not. k und l. beistimmt — Alles auf den Grundsatz: *casum sentit dominus* stellen, so kann doch dieser Satz auch in seiner weitesten Ausdehnung nur sagen, daß jeder dinglich Berechtigte durch den Untergang der Sache sein Recht daran verliere, aber niemals läßt sich daraus etwas für unsre wesentlich davon verschiedene Frage folgern: welchen Einfluß der Untergang der res debita auf die Obligation habe? und in der That sehen auch die Vertheidiger dieser Lehre sich genöthigt, ihrem Grundsatze so viele Restriktionen und Ausnahmen zuzufügen, daß von der Regel nicht viel übrig bleibt. vgl. dagegen bes. Wächter a. a. O. S. 117 fgg. u. s. auch *Molitor* cit. p. 370 sqq. und Mommsen a. a. O. S. 248 fgg. — Wächter a. a. O. will dagegen die beiden Sätze an die Spitze stellen: *impossibilium nulla obligatio est*, l. 185. de R. J. und *casus a nullo praestantur*, l. 23. fin. eod., s. auch *Molitor* cit. p. 373 sqq.; aber auch hiergegen ist — abgesehen davon, daß beide Grundsätze negative sind, und schon deshalb sich nicht wohl zur Entscheidung unsrer Frage eignen — mit Recht schon eingewendet werden, daß sich daraus wohl erkläre, daß der Schuldner durch den kasuellen Untergang einer Spezies ganz liberirt werde, und auch die aestimatio nicht zu leisten brauche, daß aber die hauptsächlich bestrittene Frage, wie es in solchem Falle sich mit der Gegenleistung verhalte, sich aus jenen Prinzipien nicht erledige, wenn man nicht zwangsweise einen Sinn hineinlegen wolle, der ihnen an und für sich fremd sei; vgl. Mühlenbruch, Lehrb. §. 365. Not. 5, v. Madai, Schilling und Wolff a. d. aa. OO. — Madai cit. will in unsrer Lehre von dem Grundsatze ausgehen: derjenige müsse das *periculum* tragen, dessen *obligatio* eine *perpetua* sei; und verstehe ich denselben recht, so soll damit gesagt sein, daß derjenige, welcher leisten könne, auch immer leisten müsse, derjenige aber, welchem durch Zufall die Leistung unmöglich werde, deshalb auch von seiner Verbindlichkeit frei sei. Obwohl aber dieser Satz bei solchen Obligationen, welche eine Sachleistung zum Gegenstande haben, allerdings nicht unwahr ist, so würde er doch, wie wir später sehen werden, bei andren Schuldverhältnissen zu entschieden falschen Resultaten führen (z. B. bei der locatio conductio), und kann also unmöglich als allgemeines Prinzip für das periculum bei Obligationen überhaupt gebilligt werden, vgl. auch Schilling, Wolff und Fuchs a. d. a. OO. — Koch und Fuchs a. d. aa. OO. endlich wollen die ganze Lehre vom periculum auf den angeblichen Grundsatz zurückführen, daß eine ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich gewordene Leistung vermöge einer Fiktion als erfüllt angesehen werde. Obwohl Fuchs eine ganze Reihe von Gesetzes-Stellen für diese angebliche Fiktion anführt, so kann ich

diesen Beweis doch nicht für gelungen ansehen; denn einige der angeführten Stellen sind schon darum unbeweisend, weil in ihnen ausdrücklich eine Verschuldung des Empfängers, namentlich eine mora accipiendi, vorausgesetzt wird, vgl. l. 9. §. 1, l. 72. pr. de solut. (46, 3), l. 39. de R. J.; in andren werden nur Zahlung und unverschuldete Unmöglichkeit neben einander als Befreiungsgründe des Schuldners aufgeführt, woraus begreiflich nicht gefolgert werden kann, daß im Falle der Unmöglichkeit eine Zahlung fingirt werde, vgl. l. 36. de pact. (2, 14), l. 16. §. 2. de pec. const. (13, 5), l. 107. de solut. (46, 3); und in wieder andren endlich wird nur für den Fall der emtio venditio eine Parallele der kasuellen Unmöglichkeit mit der Zahlung angedeutet, was natürlich von einer Fiktion der Zahlung noch sehr verschieden ist, vgl. l. 5. §. 2. de rescind. vend. (18, 5), l. 15. de jure dot. (23, 3). Da nun überdies auch eine solche Fiktion auf Natürlichkeit gewiß keinen Anspruch machen kann, und dieselbe für eine Reihe der wichtigsten Schuldverhältnisse, namentlich für Sach- und Dienstmiethe, zu entschieden unrichtigen Resultaten führen würde, so muß m. E. auch dieser neueste Versuch, ein einheitliches Prinzip für unsre Lehre zu konstruiren, als verfehlt angesehen werden. — Ueberhaupt erscheint es mir angemessen, von solchen angeblich allgemeinen Grundsätzen ganz abzusehn, und statt dessen die Prinzipien für die einzelnen Hauptarten der obligatio aus der besondren Natur derselben zu konstruiren.

III. Wenden wir uns demgemäß zunächst zu den einseitigen Schuldverhältnissen, so gilt hierbei die natürliche Regel, daß durch den kasuellen Untergang des schuldigen Objekts die ganze obligatio sich auflos't, und folglich der Kreditor die Gefahr trägt, l. 107. de solut. (46, 3):

> *Pompon.* „Verborum obligatio — — resolvitur naturaliter veluti solutione, aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit“,

vgl. l. 5. §. 4, l. 18, l. 23. commod. (13, 6), l. 14. §. 1. depos. (16, 1), l. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7), l. 23, l. 33. 37. 83. §. 5. de V. O. (45, 1), l. 98. §. 8. de solut. (46, 3). Es geht aber aus der Natur der Sache von selbst hervor, daß von einem solchen kasuellen Untergang des schuldigen Objekts schlechthin nur dann die Rede sein kann, wenn eine individuell bestimmte Sache (eine species) Gegenstand der Obligation ist, und hat also der Schuldner eine Quantität oder ein *genus* zu leisten, so kann begreiflich von einer Befreiung des Schuldners wegen kasuellen Untergangs der res debita nicht gesprochen werden, quia genus non perit, vgl. z. B. l. 42. de jure dot. (23, 3), l. 30. §. 5. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 1. §. 2—4. de O. et A. (44, 7); §. 2. J. quib. mod.

re contr. (3, 14). — Wenn das einseitige Schuldverhältniß so beschaffen ist, daß dabei eine actio *contraria* Platz greifen kann, so bleibt diese stets begründet, wenn auch die prinzipale Obligation durch kasuelle Unmöglichkeit der Leistung erloschen ist, vgl. z. B. l. 10. §. 1, l. 22. de neg. gest. (3, 5), l. 18. §. 4. commod. (13, 6), l. 8. pr. de pign. act. (13, 7), l. 4. de impens. (25, 1), Mommsen a. a. O. S. 323 fgg.

IV. Bei zweiseitigen auf Sachleistung gerichteten Obligationen ist so viel unzweifelhaft, daß, wenn dem einen Paziszenten die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch kasuellen Untergang unmöglich geworden ist, derselbe vollständig befreit, und zum Ersatz des Interesse nicht verpflichtet wird. Ob aber der andre Paziszent in solchem Falle seine Gegenleistung herausgeben müsse, ist auch noch h. z. T. bestritten. Hören wir zunächst die Gesetze!

1) Bei dem Kaufkontrakte wird in einer Reihe von Stellen völlig unzweideutig und bestimmt der Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Augenblick der Perfektion die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h. daß, wenn die Waare kasuell zu Grunde gehe, der Käufer dennoch den versprochenen Kaufpreis dafür zu entrichten habe, vgl. §. 3. J. de emt. et vend. (3, 23), l. 34. §. 6. de contr. emt. (18, 1), l. 5. §. 2. de rescind. vend. (18, 5), l. 8. pr. de per. et comm. rei vend. (18, 6), l. 14. 15. de jure dot. (23, 3), l. 4. 5. ult. C. de per. et comm. rei vend. (4, 48). Einige Bedenklichkeit hierbei machen jedoch l. 33. locati (19, 2).

African. „— — Si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenerebis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi“,

und l. 12 und 14. de per. et comm. rei vend.:

Paul. „Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet; quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit. (§. 1). Materia emta, si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus venditoris“.

In der That hat man, auf diese Stellen gestützt, schon die Behauptung vertheidigt, daß die oben zitirten Gesetze nur das strenge Recht enthielten, daß aber aus den zuletzt angeführten Stellen hervorgehe, daß dasselbe der Billigkeit wegen von den römischen Juristen modifizirt worden sei; und selbst Cujacius hat diese Meinung vertheidigt (vgl. dessen Tract. ad Afric. lib. VIII. ad l. 33. loc. in opp. I. p. 1479, und Obs. XXIII. 29); aber nur eine Zeit lang,

indem er in späteren Schriften die herrschende Theorie in Betreff des Kaufkontrakts vorträgt, vgl. namentlich dessen Comm. ad Paul. ad Edict. lib. 33, l. 8. de per. et comm., in opp. V. p. 513, und Recitt. solenn. in Cod. ad lib. IV. tit. 48. 49; in opp. IX. p. 380. 383. Wirklich sind auch diese Stellen schwerlich geeignet, das klare Resultat einer Reihe unzweideutiger Gesetze unsicher zu machen, denn die l. 12 und 14 citt. setzen augenscheinlich voraus, daß der Verkäufer der ihm bis zur Tradition bekanntlich obliegenden Verbindlichkeit zur *diligentia* und *custodia* nicht gehörig nachgekommen ist, und in l. 33. cit. muß wohl vorausgesetzt werden, daß der Grund der Konfiskation schon vor die Zeit des Kontrakts fällt, so daß die Sache als eine vitiöse erscheint, und deßhalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist; vgl. über die verschiedenen Auslegungen dieser Stelle Glück XVII. S. 135 fgg. u. s. auch Fuchs a. a. O. S. 398. und Mommsen S. 332 fgg.

2) Dasselbe Prinzip, wie bei dem Kaufkontrakte, wird auch nach der richtigeren, obwohl freilich sehr bestrittenen Meinung, bei den s. g. Innominat-Kontrakten in den Quellen angenommen, vgl. überhaupt *Waechter* comm. cit. p. 44 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 214 fgg., Windscheid Lehre von d. Voraussetzung S. 179 fgg., Fuchs im Archiv a. a. O. S. 394 fgg., *Ejusdem* dissert. de periculo in contractib. innominatis praestando. Marb. 1851, *Molitor* cit. p. 381 sqq., Erxleben die condictiones sine causa Abth. II. S. 386 fgg., Mommsen a. a. O. S. 387 fgg. Hierbei muß man nur bedenken, daß bei den Innominat-Kontrakten die Perfektion des Vertrags in einen spätern Zeitpunkt fällt, nämlich in den der Leistung von einer Seite, und geht also die Sache vor dieser Leistung unter, so versteht es sich, daß die Gegenleistung nicht gefordert werden kann, weil ja dem einen Kontrahenten durch den Untergang der Sache das Mittel entzogen ist, eine klagbare Verbindlichkeit des Gegners hervorzubringen; in der scheinbar widerstreitenden l. 3. §. 4. de condict. c. d. c. n. s. (12, 4) ist wohl gewiß zu supponiren, daß das Versprechen der Leistung durch Stipulation zu einem klagbaren Kontrakt geworden war, vgl. Savigny Syst. V. S. 595 fgg., Fuchs im Arch. S. 393, diss. cit. p. 27, Erxleben S. 13. Not. 37. u. bes. S. 426 fgg., Mommsen S. 390. Anm. 5. Geht aber, nachdem der Eine geleistet hat, die Sache kasuell unter, welche der andre entgegen leisten muß, so kann der Erstere nicht zurückfordern, was eben nur eine Folge unseres Prinzips ist; vgl. l. 5. §. 1. de praescript. verb. (19, 5):

Paul. „Si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, *periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes*“,

und l. 10. C. de cond. ob. caus. dat. (4, 6):

Dioclet. et *Maxim.* „Pecuniam a te datam, licet [al. *si haec*, cf. Hermann not. ad h. l.] causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, *minime repeti posse certum est*".

Vgl. auch l. 3. §. 3, l. 5. pr. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4). — Freilich hat man diese klaren Stellen vielfach wegzudeuteln versucht, und namentlich die l. 5. §. 1. cit. wird auch noch von vielen neuern Juristen so ausgelegt, daß darin blos von der actio *praescriptis verbis*, nicht auch von der condictio die Rede sei, und folglich da nur gesagt werde, daß wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, wenn dieselbe durch einen blosen Zufall verhindert worden sei, vgl. z. B. Glück XIII. S. 47, Roßhirt a. a. O. S. 392, Hepp a. a. O. S. 61, Pfordten Abh. S. 276 fgg., Liebe Stipulat. S. 357 fgg.; aber diese Auslegung muß gewiß verworfen werden. Es ist schon oben (bei Nr. I.) bemerkt worden, daß bei einem zweiseitigen Obligations-Verhältniß von Uebernahme des periculum nur dann in den Gesetzen die Rede ist, wenn Jemand seine Leistung einbüßt, ohne die Gegenleistung zu erhalten, niemals aber dann, wenn Jemand zwar keine Gegenleistung empfängt, aber auch selbst nichts zu leisten braucht; und geht man von diesem eben so natürlichen als feststehenden Sprachgebrauch auch bei unsrer Stelle aus, so kann ihr Sinn nicht blos sein, daß der Kontrahent kein Interesse fordern dürfe, sondern es liegt darin auch nothwendig, daß er auch seine eigne Leistung einbüßen müsse. Es wird aber auch die von den Gegnern behauptete Beschränkung der Stelle auf die actio praescriptis verbis um so unnatürlicher, da unmittelbar vor den oben ausgezogenen kritischen Worten Paulus von der actio praescriptis verbis und der condictio gesprochen hat,

„Si rem do, ut rem accipiam, — — dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere, *vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* Sed si scyphos" etc.,

und also gewiß auch jene Worte sich auf beide Klagen beziehen; vgl. auch *Waechter*, de cond. causa data c. n. s., p. 50 sqq., im Arch. S. 215 fgg., Mommsen S. 392. — Was aber die andere oben angeführte Stelle anbelangt, die l. 10. C. cit., so soll diese bald durch die Annahme beseitigt werden, daß in diesem Reskripte ein einzelner Fall entschieden werde, in welchem aus besondren Gründen die Rückforderung ausgeschlossen sei — welcher Fall? darüber wird unter den Vertheidigern dieser haltlosen Meinung

wieder gar sehr gestritten, vgl. Glück XIII S. 44 fgg. —, bald durch die gewiß inkonsequente Behauptung, daß wenn auf der einen Seite Geld geleistet sei, wegen Analogie des Kaufvertrags eine Ausnahme von den sonstigen Regeln über Innominat-Kontrakte gemacht werden müsse, vgl. Roßhirt a. a. O. S. 393 fgg. und im Wesentlichen auch *Molitor* p. 382. und Errleben S. 409 fgg. — Gewiß würden alle diese eben so willkürlichen, als höchst gezwungenen Interpretationen niemals versucht worden sein, wenn sich nicht ein Gesetz fände, in welchem wie es scheint mit großer Bestimmtheit, die Lehre vorgetragen wird, daß das Gegebene allerdings zurückgefordert werden dürfe, wenn die erwartete Gegenleistung unmöglich geworden sei. Es ist dieß die vielfach gedeutete (vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 82 sqq. und bei *Waechter*, diss. cit. p. 57 sqq., u. s. auch Windscheid S. 181, Fuchs im Arch. S. 394 fg. diss. cit. p. 31 sqq. Errleben S. 387 fgg., Mommsen S. 393. Not. 16.), l. 16. de cond. causa data c. n. s. (12, 4):

> *Celsus.* „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; *et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares*".

Von der condictio propter poenitentiam, woran Fuchs cit. denkt, darf diese Stelle doch schwerlich verstanden werden, da der Jurist seine Entscheidung ausdrücklich aus der Annahme einer *obligatio* ob rem dati re non secuta ableitet. Alle Schwierigkeit verschwindet aber, wenn man bei den Worten: Si mortuus est Stichus, den Fall supponirt, wenn der Sklave schon vor Empfang der Leistung gestorben ist, eine Auslegung, welche grammatisch nicht blos möglich, sondern fast nothwendig ist, indem man ohne dies vielmehr *si morietur* erwarten müßte, vgl. auch *Beloïus*, Varior. jur. civ. l. 9. §. 2. (in Meerm. thes. IV. p. 679), *Waechter*, diss. cit. p. 62 sqq. und im Arch. S. 217. Zwar könnte hiergegen eingewendet werden, und ist wirklich auch schon eingewendet worden, daß nach dieser Interpretation ein Resultat entstehen würde, welches ganz eben so auch bei dem Kaufvertrage Platz griffe, während der Jurist doch augenscheinlich einen Satz aussprechen wolle, in welchem sich eine Verschiedenheit zwischen der emtio venditio und dem contractus: do pecuniam, ut Stichum des zeige, vgl. Roßhirt a. a. O. S. 393, Fuchs a. d. aa. OO. Aber dieser allerdings scheinbare Einwand möchte sich durch die Erwägung beseitigen, daß bei dem Kaufe das periculum schon unmittelbar mit dem Vertrage auf den

Käufer übergeht, und dieser also den Kaufpreis einbüßt, wenn auch vor der Zahlung desselben der Sklave Stichus stürbe, während bei dem Innominat-Kontrakte immer erst mit der Leistung das Perikulum übergeht, und also das Pretium nicht verloren geht, wenn vor dieser Zeit, obwohl nach dem Vertrage, der Sklave gestorben wäre; und auf diesen Unterschied zwischen emtio venditio und Innominat-Kontrakt will hier Celsus aufmerksam machen, vgl. auch *Waechter*, diss. cit. p. 67 sqq. (Wenn ich übrigens bei dieser Erörterung das bei Innominat-Kontrakten vorkommende Reuerecht völlig unberücksichtigt gelassen, und mich blos auf die Frage beschränkt habe: ob nach zufälligem Untergang doch noch eine Rückforderung *ob causam non secutam* statthaft sei? so rechtfertigt sich dies von selbst, weil offenbar nur die Antwort auf diese Frage uns Aufschlüsse über die in Betreff des Perikulum geltenden Prinzipien geben kann; und diese Trennung der Rückforderung ex capite causae non secutae von der ex capite poenitentiae durfte um so unbedenklicher gemacht werden, da ja auch die Quellen auf eine solche Unterscheidung hinweisen, vgl. l. 5. pr. de cond. causa dat. c. n. sec.)

Diese Erörterungen führten zu dem Resultate, daß sowohl bei dem Kauf als bei den Innominat-Kontrakten das römische Recht von dem Grundsatze ausgeht, daß, wenn nach der Perfektion des Vertrags dem einen Kontrahenten wegen zufälligen Untergangs der res debita die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich wird, derselbe nicht blos von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit wird, sondern auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält; und da Kauf- und Innominat-Kontrakt fast die einzigen zweiseitigen Obligationen sind, welche eine Sachleistung zum Gegenstande haben, so muß jener Grundsatz unbedenklich für die ganze Klasse von Obligationen angenommen werden, und zwar um so mehr, da demselben augenscheinlich ein sehr natürlicher Gedanke zu Grunde liegt. Würden nämlich die beiden Obligationen sogleich, nachdem sie zur Entstehung gekommen sind, auch von beiden Seiten erfüllt — und dieses ist die in der Natur dieser Schuldverhältnisse wohlbegründete Regel —, so verstände es sich von selbst, daß, wenn nachher die dem Einen geleistete Sache durch Zufall zu Grunde gienge oder schlechter würde, dieser Schaden blos den Empfänger träfe; und was so im Falle alsbaldiger Leistung unzweifelhaft Rechtens ist, das soll auch Rechtens bleiben, wenn ein rechtmäßiger Aufschub der Leistung vorkommt. Auf diesen sehr natürlichen Gedanken deuten denn auch bestimmt genug die gesetzlichen Aussprüche in l. 5. §. 3. de resc. vendit. (18, 5) und l. 14. 15. de jure dot. (23, 3) hin, nicht aber, wie Koch und Fuchs a. d. aa. OO. u. Mommsen cit. S. 331. 349. wollen,

darauf, daß die Erfüllung fingirt werde, und noch weit weniger, wie Windscheid in d. Heidelb. krit. Jahrbb. Bd. II. S. 136 fg. meint, darauf, daß bei dem Kaufe schon in dem Abschluße des Vertrags die Erfüllung wirklich enthalten sei, daß also die Tradition nicht als geschehen fingirt werde, sondern daß sie unnöthig sei, weil auch schon ohne sie die Vermögens-Veränderung vor sich gegangen sei! — Würde freilich die Vollziehung des Vertrags unrechtmäßig verzögert, träte also eine Mora ein, dann müssen sich dadurch auch die Grundsätze über das Perikulum ändern (§. 588. Anm. 3). Wenn man zur Widerlegung des hier vertheidigten Prinzips sich nicht selten auf die s. g. exceptio nondum adimpleti contractus hat berufen wollen, so liegt hier ein leicht ersichtliches Mißverständniß zu Grunde, indem jene Einwendung nur da vorgeschützt werden kann, wo der andre Kontrahent wirklich noch obligirt ist, und doch nicht leistet, niemals aber auch dann, wenn, wie in unsrem Falle, die obligatio des anderen Kontrahenten bereits erloschen ist (vgl. unten §. 607. Anm.) — Die richtigere Meinung wird h. z. T. auch, besonders nach dem Vorgange von Wächter a. a. O., von der Mehrzahl unserer Juristen angenommen, vgl. z. B. Madai, Wolff, v. Wening-Ingenheim, Koch, Unterholzner, Sintenis, Fuchs, *Molitor* an den oben angeführten Orten, v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 255, Fritz zu Wening II. S. 438 fgg., Göschen, Vorl. §. 459, Puchta, Pand. §. 302, Arndts §. 275. u. A. m. Schwankend sind Hepp a. a. O. und Mühlenbruch, Lehrb. 3. Aufl. §. 365 und dagegen sind Thibaut, Syst. §. 478. Roßhirt a. a. O. u. Götting in der Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 301 fgg. — Wenn übrigens in dem Obigen die Grundsätze des römischen Rechts über das Perikulum bei Innominat-Kontrakten dargestellt wurden, so ist damit in unsrem heutigen Rechte eine wesentliche Aenderung vorgegangen. Da nämlich diese Verträge h. z. T. nicht mehr erst durch die Leistung von einer Seite perfekt werden, sondern durch den bloßen Konsensus, und damit der Begriff des Innominat-Kontrakts für unser geltendes Recht vollständig hinweggefallen ist (vgl. darüber unten §. 599. Anm. a. E.), so versteht es sich von selbst, daß jetzt auch in Betreff des Perikulum die gewöhnlichen Grundsätze bei Konsensual-Verträgen Platz greifen müssen, und demgemäß kann es keinen Zweifel leiden, daß, wenn das Versprechen auf eine Sachleistung gerichtet ist, die Gefahr sogleich auf den Promissar übergeht, und es sich also jetzt dabei vollständig so verhält, wie bei dem Kaufvertrag, während freilich dann, wenn Gebrauchs-Ueberlassungen oder Dienstleistungen versprochen sind, die unten bei No. VI. u. VII. angedeuteten Grundsätze in Anwendung kommen müssen, so daß für

unser heutiges Recht im Wesentlichen das gilt, was Molitor und Erxleben irrig schon im römischen Rechte für begründet halten, vgl. Mommsen a. a. O. S. 396 fgg.

V. Die in der vorigen Nummer dargestellten Grundsätze leiden eine, freilich sehr natürliche Modifikation, wenn das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung abgeschlossen wurde. Wenn freilich der Zufall die res debita erst dann trifft, wenn die Bedingung sich bereits entschieden hat, so versteht sich die Entscheidung ganz von selbst; denn war die Bedingung defizirt, so war ja das ganze Obligations-Verhältniß wie gar nicht abgeschlossen anzusehen, und der nachher eintretende Zufall kann nur den Promittenten treffen; war aber die Bedingung eingetreten, so war das Geschäft perfekt geworden, und von da an muß also unbezweifelt, eben so wie bei einem negotium purum, das ganze periculum interitus et deteriorationis auf den Promissar übergehen, l. 8. de per. et comm. rei vend.

> *Paul.* „Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat".

Wenn aber der Zufall die res debita während schwebender Bedingung trifft, so muß zwischen dem periculum *interitus* und *deteriorationis* unterschieden werden. Geht nämlich die res debita während schwebender Bedingung ganz zu Grunde, so wird sogleich das ganze Rechtsverhältniß von beiden Seiten aufgelöst, und der Promissar braucht nie die Gegenleistung zu geben, mag die Bedingung nachher defiziren, oder in Erfüllung gehen, denn auch im letztren Falle kann die obligatio nie perfekt werden, weil in dem Augenblick, wo die Perfektion eintreten müßte, es an einem Objekte fehlt, und es also nun eben so ist, wie wenn eine schon vorher untergegangene Sache versprochen wäre, l. 8. cit.:

> „Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit",

d. h. „wenn während schwebender Bedingung die Sache tradirt wird, so kann der Empfänger dieselbe nicht usukapiren, und wenn sie zu Grunde geht [daß dies in der l. 8. cit. subintelligirt werden muß, kann nach dem Zusammenhang nicht bezweifelt werden], so fordert der Käufer das etwa schon gezahlte Kaufgeld wieder zurück, wie auf der andren Seite auch der Verkäufer Anspruch auf die bis zum Untergang der Sache gezogenen Früchte hat, so daß also nun das ganze Kaufgeschäft sich auflöst, wie ja

auch bedingte Stipulationen und Vermächtnisse vollständig erlöschen, wenn ihr Objekt während schwebender Bedingung zu Grunde geht". Vgl. auch l. 10. §. 5. de jure dot. (23, 3):

Ulpian. „— . — cum sit conditionalis venditio, *pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem,* consequens est dicere, mulieri perisse",

l. 10. pr. de per. et comm. rei vend., l. 5. C. eod., Vat. fragm. §. 23. — Wird dagegen die res debita während schwebender Bedingung durch einen Zufall nur verschlechtert, nicht aber vernichtet, so muß in diesem Falle allerdings der Promissar das Perikulum tragen, d. h. er muß mit der Sache zufrieden sein, wie sie jetzt ist, und die vollständige Gegenleistung prästiren, l. 8. cit., wo Paulus unmittelbar nach den oben ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris",

vgl. auch Vat. fr. §. 16. S. überhaupt Sell, über bedingte Traditionen. Zürich 1839. §. 4. 5. S. 46 fgg., dessen Darstellung durch die völlig grundlosen Einwendungen Götting's in der Gießer Zeitschr. N. F. I. S. 298 fgg. in keinem Punkte widerlegt ist.

VI. Andre Grundsätze gelten bei denjenigen zweiseitigen Obligationen, bei denen auf der einen Seite eine Gebrauchs-Ueberlassung versprochen wird, also namentlich bei der locatio conductio rerum. Hierbei geht das römische Recht von dem, in der Natur dieser Verträge wohl begründeten (vgl. bes. Mommsen a. a. O. S. 350 fgg.) Prinzip aus, daß der Vermiether dafür einzustehen habe, daß dem Miether auch wirklich während der Miethzeit der zugesicherte Gebrauch in vollem Umfange möglich sei, und der Anspruch auf die Gegenleistung nur dann und nur insoweit begründet sei, wenn und in wie weit dem Miether jene versprochene Gebrauchs-Ueberlassung auch wirklich gewährt sei; ein Prinzip, welches von selbst zu dem weiteren Satze führen mußte, daß das Miethgeld erst nach gemachtem Gebrauche gezahlt zu werden braucht. Hiernach versteht es sich von selbst, daß das gesammte periculum interitus et deteriorationis bei dem Vermiether ist, d. h. wenn die vermiethete Sache während der Miethzeit durch Zufall zu Grunde geht, so hat zwar der Vermiether kein Interesse zu ersetzen, aber er hat auch für die spätere Zeit kein Miethgeld zu fordern, l. 9. §. 1. 4, l. 19. §. 6, l. 30. 33. loc. cond. (19, 2), und wenn durch Zufall der Gebrauch der Sache in nicht ganz unbedeutender Weise gemindert wird, so muß sich der Vermiether eine verhältnißmäßige Kürzung des Miethgeldes gefallen lassen, l. 15. §. 1 sqq., l. 25. §. 2, l. 27. pr. loc. cond.; vgl. auch unten §. 641. Anm. 1. — Für das dingliche Erbpachts-Verhältniß (die Emphyteusis) ist jedoch von

Zeno aus besondren Gründen bestimmt, daß zwar wohl das periculum interitus den Eigenthümer, das periculum deteriorationis aber den Emphyteuta treffen soll, l. 1. C. de jure emphyt. (4, 66), §. 3. J. de loc. (3, 34).

VII. Auch bei denjenigen zweiseitigen Obligationen, bei welchen auf der einen Seite eine Dienstleistung versprochen wird, also namentlich bei der locatio conductio operarum, treten aus ähnlichen Gründen auch ähnliche Grundsätze ein, wie bei den auf Gebrauchs-Ueberlassung gerichteten Schuldverhältnissen. Auch hier hat nämlich der Vermiether das Perikulum zu tragen, so daß, wenn es diesem kasuell unmöglich wird, die versprochene Dienstleistung vorzunehmen, er zwar allerdings kein Interesse zu ersetzen verpflichtet ist, aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder theilweise verliert, l. 15. §. 6. loc. cond. (19, 2):

> *Ulp.* „Item quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, *non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit;* quod in omnibus personis similiter observandum est".

Daß hier von einer locatio *operis* die Rede ist, kann die Beweiskraft dieser Stelle nicht schwächen, da für das periculum bei der locatio operis kein andres Prinzip gilt, wie bei der einfachen locatio operarum, wenn sich dasselbe auch wegen der besondren Beschaffenheit des Objekts in einigen Beziehungen eigenthümlich gestaltet (vgl. darüber unten §. 645); und noch weniger kann das Gewicht der l. 15. cit. durch die m. E. völlig grundlose Behauptung von Fuchs a. a. O. S. 405 fgg. beseitigt werden, daß in dem von Ulpian hier behandelten Falle eine Art von Innominat-Kontrakt vorliege, und die auf Rückgabe des bezahlten Fahrlohns anzustellende condictio causa dat. c. n. s. darum begründet sei, weil ja der Verlust des Schiffs die vertragsmäßige Leistung gar nicht unmöglich mache, und der Schiffer also ohne Grund seiner Verpflichtung nicht nachkomme; vgl. dagegen auch Mommsen cit. S. 383 fg. Not. 17. — Das freilich versteht sich von selbst, daß, wenn der Lokator vollkommen im Stande und bereit ist, die Dienste zu leisten, der Konduktor aber durch Zufall verhindert wird, sich dieselben leisten zu lassen, die Gegenleistung vollständig prästirt werden muß, es müßte denn etwa der Lokator seine Dienste anderweit untergebracht haben, l. 19. §. 9. 10. loc. cond.:

> *Ulp.* „Quum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum D. Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Quum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio

Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. (§. 10). Papinianus quoque libr. IV. Resp. [cf. l. 4. de offic. asses. (1, 22)] scripsit, diem functo legato Caesaris salarium Comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea Comites cum aliis eodem tempore fuerunt",

und von Fällen der letzteren Art muß auch die l. 38. loc. cond. verstanden werden, vgl. auch l. 61. §. 1. eod. Weiter geht freilich die l. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50, 13).

Ulp. „Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret",

und Manche lassen sich hauptsächlich durch diese Stelle bestimmen, die allgemeine Regel aufzustellen, daß bei Obligationen auf ein Thun stets der Gläubiger die Gefahr tragen müsse, sofern nur ohne Schuld des Verpflichteten die Erfüllung nicht geschehen könne, vgl. z. B. Mühlenbruch §. 365, v. Madai a. a. O. S. 281, Fuchs a. a. O. S. 403 fgg. Dieser Regel widerspricht aber nicht nur die oben ausgezogene l. 15. §. 6. loc. cond., sondern auch die so nahe liegende Analogie der locatio conductio *rerum*, und l. 1. §. 13. cit. enthält doch wohl nur eine singuläre Bestimmung für das Honorar der Advokaten, Glück IV. S. 375. Not. 36, Puchta §. 302. Not. h., Mommsen S. 360, so daß daraus nicht einmal, wie Errleben cit. S. 420 fgg. will, eine allgemeine Regel für vorausbezahlte Honorare abgeleitet werden kann (vgl. dagegen auch Mommsen S. 387 fg. Anm. 21.), und noch viel weniger daraus die Grundsätze über das periculum bei dem Dienstmieth-Vertrag konstruirt werden dürfen. Wenn übrigens Wolff a. a. O. S. 142 fgg. die l. 1. §. 13. cit. dadurch mit den allgemeinen Grundsätzen in Einklang bringen will, daß er supponirt, dem Advokaten sei schon vor seinem Tode aus einem außer ihm liegenden Grunde die Führung des Prozesses unmöglich gewesen und der Kaiser reskribire also nur, es dürften darum die Erben nicht belangt werden, weil ihr Erblasser schon ehe er gestorben sei, von der Prozeßführung ohne seine Schuld abgehalten gewesen sei: so möchte diese überaus gezwungene Interpretation sich schwerlich Freunde erwerben.

Ueber die Gefahr bei alternativen Forderungen ist schon an einem andern Orte geredet worden, vgl. oben §. 569. Anm. 2. S. 22 fgg.

VI. Von der Kollision mehrerer Obligationen.

1) Im Allgemeinen. §. 592.

2) Insbesondre im Falle der Insolvenz des Schuldners.

Dig. XLII. 3. de cessione bonorum, 4. quibus ex causis in possessionem eatur, 5. de rebus auctoritate judicis possidendis s. vendundis, 6. de separationibus, 7. de curatore bonis dando. — Cod. VII. 71. qui bon. cedere possunt, 72. de bonis auctor. jud. possidend., 73. de privileg. fisci, 74. de privileg. dot. — Dabelow, Versuch einer ausführl. system. Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Halle 1792, 2. Aufl. 1804, Schweppe, das System d. Konkurses der Gläubiger. Kiel 1812, 3. Aufl. Gött. 1829, Kori System d. Konkurs-Proz. nebst der Lehre v. d. Klassen der Gläubiger nach gemein. u. königl. Sächs. Rechte 2. Aufl. Leipz. 1828, W. H. Puchta über d. Konkursproz. Erl. 1827, Bayer Theorie d. Konkurs-Proz. München 1836. 4. Aufl. 1850. Vgl. auch *Runde*, comm. de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati. Goett. 1794.

A) Klassifikation der Gläubiger überhaupt. §. 593.

Gmelin, die Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprozesse nach dem römischen, deutschen und bes. würtemberg. Rechte 1774, 5. Aufl. Stuttg. und Tüb. 1813, Dabelow a. a. O. (1. Aufl.) Bd. II. S. 175 fgg., Schweppe a. a. O. (3. Aufl.) §. 67 fgg. S. 121 fgg., Kori a. a. O.

Anm. Die sehr eigenthümlichen prozessualischen Grundsätze bei dem Konkurs der Gläubiger, welche sich in Deutschland durch Gerichtsgebrauch und Doktrin herausgebildet haben, können natürlich hier nicht dargestellt werden, sondern fallen völlig der Prozeßtheorie anheim. Allerdings aber sind hier die materiellen Grundsätze, nach welchen die mehreren Gläubiger im Verhältniß zu einander lozirt werden müssen, wenigstens anzudeuten. Es müssen aber hierbei mehrere Klassen von Berechtigten unterschieden werden:

I. Von den eigentlichen Konkurs-Gläubigern sind vor allen Dingen die s. g. Vindikanten (oder auch wohl Separatisten *ex jure dominii*) auszuscheiden, die das s. g. ordentliche Separationsrecht ausüben. Es versteht sich nämlich von selbst, daß als Objekt der Befriedigung für die Konkurs-Gläubiger nur das eigne Vermogen des Gantschuldners (des s. g. Kridarius) angesehen werden kann, und wie der Güterpfleger auf der einen Seite die Verpflichtung hat, alles dazu Gehörige oder in fraudem creditorum Herausgekommene herbeizuschaffen, so muß auf der andern Seite auch alles diesem Vermögen Fremde ausgeschieden werden. Diejenigen nun, welche einzelne, in der Konkursmasse befindliche Sachen, als gar nicht in dieselbe gehorig, für sich in Anspruch nehmen, sind die s. g. Vindikanten, und dergleichen können vorzüglich in folgenden drei Fällen vorkommen:

1) Wenn Jemand mit einer *actio in rem* die Herausgabe einer in der Konkursmasse befindlichen Sache verlangt, sei es, daß er mit einer rei vindicatio oder actio Publiciana Eigenthum, oder mit einer hereditatis petitio Erbrecht, oder mit einer utilis vindicatio Emphyteusis oder Superfizies, oder mit einer confessoria actio Usufruktus, Usus oder Habitatio in Anspruch nimmt, und hier greifen denn auch besonders wichtig die singulären Fälle ein, in denen Jemand eine utilis vindicatio gegen den Besitzer des Surrogats hat (vgl. Bd. I. §. 332. Anm. 3. bei Nr. 2). Wer blos eine Realservitut anspricht, kann natürlich nicht die Herausgabe der Sache verlangen, und Pfandgläubiger müssen sich nach den Prinzipien des deutschen Konkurs-Rechts in den Konkurs einlassen, und sich mit den übrigen Konkurs-Gläubigern loziren lassen.

2) Wenn der Kridarius den Besitz (nicht das Eigenthum) einer Sache erlangt hat, und er vermöge eines Obligations-Verhältnisses zur Rückgabe der Sache in specie verpflichtet ist, so braucht auch hier der Kreditor sich begreiflich nicht in den Konkurs einzulassen, sondern er kann vermittelst der entsprechenden Obligations-Klage sein ordentliches Separationsrecht geltend machen. Hierher gehören z. B. die Fälle der actio commodati, depositi, pigneraticia in personam, locati, mandati u. dgl. m., und eben dahin gehören auch manche Deliktsklagen, wie z. B. die condictio furtiva, das interdictum unde vi u. a. m. In solchen Fällen den Gläubiger nöthigen zu wollen, zum Zwecke des Absonderungsrechts die Vindikation anzustellen, vgl. z. B. Gmelin a. a. O. §. 54, hat schlechthin keinen genügenden Grund für sich.

3) Endlich gehören hierher auch die Fälle, in denen Jemand mit einer s. g. *actio in rem scripta* die Herausgabe einer Sache

verlangen kann, z. B. mit einer actio de pauperie, einer a. quod metus causa u. dgl. m.

Vgl. überhaupt Gmelin a. a. O. §. 32 fgg. S 72 fgg. Dabelow a. a. O. Bd. I. §. 18 fgg. S. 48 fgg., Schweppe a. a. O. §. 44 fgg. S. 80 fgg., Bayer a. a. O. §. 51.

II. Wohl zu unterscheiden von den Vindikanten sind die s. g. Separatisten *ex jure crediti*, welche ein s. g. außerordentliches Separationsrecht geltend machen. Während nämlich die Ersteren, welche gar keine wahren Konkursgläubiger sind, einzelne Sachen als gar nicht zur Masse gehörig ausscheiden, trennen die Letztren, welche wirklich zu den Konkurs-Gläubigern gehören, einen Theil der Masse nur zu dem Zweck ab, um davon die übrigen Konkurs-Gläubiger auszuschließen, so daß nun eigentlich zwei Konkurs-Massen und zwei Konkurs-Prozesse entstehen (s. g. concursus particularis et universalis). Eine solche Separation ex jure crediti kommt aber nach gemeinem Rechte in folgenden Fällen vor:

1) Wenn Erbschafts-Gläubiger oder Vermächtnißnehmer von dem bekannten beneficium separationis Gebrauch machen (vgl. §. 503).

2) Wenn ein Sklave oder Haussohn mit Pekuliengeld ein Handelsgeschäft unternimmt, so können nicht nur die Gläubiger, welche in besondrem Bezug darauf kreditirt haben, die Separation der taberna von dem übrigen Pekulium verlangen, sondern eine solche Trennung findet auch dann Statt, wenn der Sohn oder Sklave mehrere verschiedene Etablissements gegründet hat und Kreditoren in besonderer Beziehung auf eines derselben mit dem Sohne kontrahirt haben, l. 5. §. 15. 16. de tribut. act. (14, 1) (§. 242). Obwohl diese Bestimmungen augenscheinlich in den eigenthümlichen Pekulien-Verhältnissen ihren Grund haben, und darum einer analogen Ausdehnung nicht fähig sind, so will doch ein ziemlich verbreiteter Gerichtsgebrauch dieselben auch dann anwenden, wenn ein homo sui juris mehrere von einander getrennte Handelsgeschäfte betreibt. Vgl. auch Gmelin §. 58, Schweppe §. 148, Hagemann, prakt. Erörtr. VII. 105.

3) Nach einer sehr gewöhnlichen Ansicht sollen bei dem Konkurs eines Haussohns diejenigen Gläubiger, welche demselben mit Rücksicht auf sein kastrensisches Pekulium kreditirt haben, in Betreff dieses letztren ein Separationsrecht geltend machen dürfen. Aber in dem Gesetze, welches man dafür anführt, nämlich in l. 1. §. 9. de separat. (42, 3), ist nach richtigerer Ansicht wohl nicht von einem Separationsrechte einzelner Gläubiger, sondern vielmehr von der Rangordnung der Gläubiger überhaupt, in Betreff eines peculium castrense die Rede, und zwar ist da Folgendes bestimmt.

Wenn Konkurs über einen Haussohn ausbricht, welcher ein kastrensisches Pekulium hat, so gilt die Regel, daß alle Gläubiger, sowohl die kastrensischen, als die nichtkastrensischen, zusammen gerufen werden, nur mit Ausnahme derjenigen, welche schon vor dem Kriegsdienste des Hauskindes mit demselben kontrahirten, und zwar stehen diese allen, nicht blos den kastrensischen Gläubigern nach, und mit fernerer Ausnahme derjenigen, welche sich gegen den Vater mit einer actio de in rem verso wenden können, denn diese sollen zunächst das kastrensische Gut gar nicht, sondern nur den Vater angreifen. Vgl. Fritz im ziv. Arch. XII. 17.

4) Hierher gehört auch, daß Lehengläubiger die Absonderung des Lehns von dem Allodium verlangen können.

Vgl. Gmelin a. a. O. §. 57 fgg. S. 161 fgg., Schweppe §. 147 fgg. S. 269 fgg., Bayer a. a. O. §. 21.

III. Was nun die eigentlichen Konkurs-Gläubiger anbetrifft, so pflegen jetzt in Beziehung auf deren Lokation folgende fünf Klassen gemacht zu werden:

In der ersten Klasse werden gerufen die s. g. absolut privilegirten Gläubiger. Während nach römischem Rechte höchstens nur die Leichenkosten hierher gehören, obwohl selbst dieses der Theorie nach noch sehr großen Zweifeln ausgesetzt ist (vgl. d. folg. §en Anm.), so hat eine ganz allgemeine feststehende Praxis nicht nur bei ihnen ein absolutes Privilegium angenommen, sondern dahin auch noch außerdem gezogen

1) die Kosten der letzten Krankheit. Zwar pflegt man sich auch hierfür auf einige Stellen des röm. Rechts zu berufen, l. 4. C. de petit. hered. (3, 31), l. 3. C. de relig. (3, 44), aber dort kommt nur eine zufällige Zusammenstellung der Leichenkosten und der Kosten der letzten Krankheit vor, ohne irgend eine Beziehung auf ein Vorzugsrecht, und der Grund des Privilegs darf also in der That nur in einem Gewohnheitsrechte gefunden werden, welches übrigens gute innere Gründe für sich hat.

2) Hierher wird auch gezählt der Gesinde- oder s. g. Liedlohn. Dem römischen Rechte ist jedes Privilegium dieser Art von Forderungen gänzlich fremd, und nur Billigkeit, wobei man sich wohl auch auf die Bibel (Mos. V. 24. V. 13. 14. 15.) und den Sachsenspiegel (B. I. Art. 22. 24.) berief, hat die Einführung dieses absoluten Vorzugsrechts durch Gewohnheitsrecht herbeigeführt. Dasselbe ist aber durchaus nur dann in Anwendung zu bringen, wenn der Gläubiger auch wirklich in Brod und Lohn des Kridarius gestanden hat, mag er nun zu den eigentlichen Dienstboten (Knechte, Mägde und dgl.) oder zu den höher Bediensteten (Privatsekretäre, Hauslehrer, Verwalter u. dgl.) gehören, und die öfter vertheidigte

Ausdehnung auf alle solche, welche aus einer locatio operarum oder aus einem ähnlichen Geschäfte Lohn zu fordern haben (Handwerker, Tagelöhner, Advokaten, Aerzte u. s. w.) läßt sich unter keiner Voraussetzung rechtfertigen. Vgl. auch Strippelmann Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel. Bd. VI. S. 222 fgg.

3) Endlich gehören hierher auch die rückständigen fiskalischen Abgaben. Da diese schon nach römischem Rechte das erste privilegium pignoris haben, so war es ganz konsequent, ihnen, nach Einführung einer neuen noch mehr bevorzugten Klasse, einen Platz in dieser anzuweisen.

Vgl. überhaupt Gmelin a. a. O. Kap. III. S. 185 fgg., Dabelow II. S. 186 fgg., Schweppe §. 68.

In der zweiten Klasse kommen die privilegirten Pfandgläubiger nach den Grundsätzen des §. 386.

In der dritten Klasse werden die einfachen Pfandgläubiger nach den Grundsätzen des §. 387. gerufen.

In der vierten Klasse sind die privilegirten chirographarischen Kreditoren zu loziren, nach den Prinzipien des folgenden Sen, §. 594.

In der fünften Klasse endlich kommen die einfachen chirographarischen Kreditoren, welche sich dann nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen in den auf diese Klasse kommenden Rest des Vermögens theilen.

IV. Von den in der angegebenen Weise zu lozirenden Konkursgläubigern sind aber noch die s. g. Massegläubiger scharf zu unterscheiden, die sich dadurch charakterisiren, daß sie nicht sowohl creditores cridarii, als vielmehr creditores creditorum sind. Dahin gehört namentlich der Fiskus wegen Abgaben, die während des Konkurses fällig werden, und der dominus emphyteuseos oder superficiei wegen während des Konkurses fällig werdenden Kanons oder Solariums; und dahin gehört auch, wenn das corpus creditorum in Obligations-Verhältnisse des Kridarius (z. B. in eine Pacht) eingetreten ist, oder selbst neue Obligationen (z. B. ein Darlehn ad promovendam massam) abgeschlossen hat. Alle solche Kreditoren müssen begreiflich — vor allen Konkurs-Gläubigern, selbst den absolut privilegirten — vorweg aus der Masse befriedigt werden, so daß nur das Uebrigbleibende zur Perzeption der Konkursgläubiger kommt. Ganz in dieselbe Kategorie pflegen auch nach der in der Theorie und Praxis herrschenden Lehre die Konkurskosten gesetzt zu werden. Daß dies inkonsequent ist, und zu großen Härten hinführt, leuchtet von selbst ein, denn im Grunde werden hiernach die gesammten Prozeßkosten von den später lozirten Gläubigern getragen, und wirklich kam deßhalb gegen Ende des 17. Jahrhunderts, namentlich in den

Ländern des sächsischen Rechts das andere Verfahren auf, daß die Konkurskosten nicht vorweg von der Masse abgezogen, sondern von den einzelnen Gläubigern, welche aus der Masse eine Bezahlung erhielten, in der Weise getragen werden sollten, daß Jeder nach Verhältniß dessen, was er aus der Masse empfing, dazu beitragen sollte. Da aber die nothwendige Folge dieses Verfahrens die ist, daß auch diejenigen Kreditoren, die alle möglichen Sicherungsmittel angewendet haben, doch im Falle eines Konkurses nicht ihre volle Befriedigung erhalten, sondern sich einen Abzug gefallen lassen müssen, und da daraus begreiflich ein empfindlicher Nachtheil für den Kredit hervorgehen muß: so erklärt es sich leicht, daß dieses Verfahren sich doch nicht lange im Rechtsleben erhalten konnte, sondern man wieder zu dem früheren Grundsatze zurückkehrte, wornach die Konkurskosten vorweg von der Masse abzuziehen sind. Vgl. auch Gmelin a. a. O. §. 28 fgg., Schweppe a. a. O. §. 41. 42. 48. 64. 91, Bayer a. a. O. §. 68.

B) Von dem privilegium exigendi insbesondre. §. 594.

Dig. XLII. 5. de reb. auctor. judic. possid. — *Lauterbach*, de privileg. creditor. personali simplici; in Diss. acad. t. I. nr. 59, *Frister*, de privilegio creditorum personali. Goett. 1804. Vgl. auch Gmelin a. a. O. Kap. VII. S. 554 fgg., Dabelow a. a. O. II. S. 321 fgg., Schweppe a. a. O. §. 75 fgg. — Unterh. I. S. 390 fgg.

Anm. Das privilegium exigendi ist entweder aus besonderen persönlichen Rücksichten gegeben, und steht daher auch nur dem ursprünglichen Kreditor selbst, nicht dessen Erben zu (privilegium personae), oder es ist mit der Forderung selbst verbunden, und steht daher einem Jeden zu, welcher diese Forderung geltend macht (privilegium causae).

I. Als privilegium personae kommt dasselbe zu

1) dem Fiskus wegen aller seiner Forderungen, l. 10. pr. de pact. (2, 14), l. 34. h. t., l. 6. pr. de jur. fisci (49, 14), *Paul.* rec. sent. V. 12. §. 10. und eben so auch dem Regenten und der Regentin, l. 6. §. 1. de jure fisci. Wie es sich in Betreff der fiskalischen Strafforderungen verhält, ist nicht ganz ausgemacht. Nach dem Ausspruch Modestin's in l. 17. de jure fisci:

„In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi",

und des Kaisers Alexander in l. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7):

„Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo, quod poenae nomine adjectum est, propria forma servanda est",

scheint man annehmen zu müssen, daß der Fiskus mit Strafforderungen hinter alle Kreditoren — auch die nicht privilegirten — zu loziren sei, während Papinian in l. 37. de jure fisci dem Fiskus blos das Privilegium abspricht:

„Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat".

Gewöhnlich zieht man h. z. T. die Koderstelle vor, und gibt in Folge davon den fiskalischen Strafforderungen die letzte Stelle im Konkurs. Da aber Papinian in l. 37. cit. ganz denselben Satz, welcher in l. un. C. cit. und l. 17. cit. ausgesprochen ist, ebenfalls voraussetzt, diesen Satz aber so interpretirt, daß dadurch den fiskalischen Strafforderungen nur das Privilegium entzogen sei, nicht aber so, daß der Fiskus schlechter gestellt sei, wie andre nichtprivilegirte Gläubiger: so müssen wir doch wohl diese Interpretation, so unrichtig sie uns auch scheinen mag, als die gesetzlich anerkannte betrachten, und sie auch auf l. 17. und l. un. citt. in Anwendung bringen.

2) Privilegirt sind auch die Städte in Betreff aller ihrer Forderungen, l. 38. §. 1. h. t.: „Res publica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur". Der öfter vertheidigten Ausdehnung auf Kirchen oder auf alle Kollegien fehlt es an jedem genügenden Grunde.

3) Ferner ist auch die Ehefrau privilegirt in Betreff ihrer Dotalforderung, und zwar auch die putative Ehefrau und selbst auch die Braut, l. 22. §. ult. sol. matr. (24, 3), l. 74. de jure dot. (23, 3), l. 17. §. 1, l. 18. 19. pr. h. t., l. un. C. de privileg. dot. (7, 74).

4) Endlich haben auch Bevormundete dieses Privilegium gegen ihre Vormünder, Protutoren und diejenigen, welche sich aus Freundschaft ihrer Angelegenheiten annehmen, l. 19. §. 1. — l. 23. h. t., l. 42, l. 44. §. 1. de adm. et per. tut. (26, 7). Den Magistraten gegenüber findet das Privilegium nicht Statt, l. 1.

§. 14. de mag. conv. (27, 8), und gänzlich zessirt dasselbe bei blosen Vermögens-Kuratelen.

II. Als privilegium *causae* kommt dasselbe bei folgenden Forderungen vor:

1) Bei Forderungen wegen Leichenkosten, und zwar nicht blos, wenn es sich um Beerdigung des Kridarius selbst handelt, sondern auch, wenn ein Anderer begraben ist, wegen dessen Begräbniß der Kridar mit einer actio funeraria hätte belangt werden können, l. 45. de relig. (11, 7), l. 17. pr. h. t. Ueber den Begriff von Leichenkosten vgl. l. 14. §. 3—5, l. 37. de relig. (11, 7);

2) bei Forderungen aus einem Geldbarlehn, welches zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes dem Eigenthümer, oder in dessen Auftrag dem Unternehmer des Baues vorgeschossen worden ist, l. 25. de R. C. (12, 1), l. 24. §. 1. h. t.;

3) bei Forderungen, welche ein Sozius auf verhältnißmäßigen Ersatz wegen Ausbesserung eines gemeinschaftlichen Gebäudes erworben hat, l. 52. §. 10. pro socio (17, 2);

4) bei Darlehn zum Zweck des Ankaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffs, welchem Falle auch der andre gleichsteht, wenn der Verkäufer eines Schiffs das Kaufgeld kreditirt hat, l. 26. 34. h. t.;

5) bei Forderungen wegen unverzinslicher Niederlegung von Geldern bei einem Argentarius, l. 24. §. 2. h. t., l. 7. §. 2. depos. (16, 3). Eine sehr gewöhnliche obgleich theoretisch verwerfliche Praxis dehnt dies auf jede actio depositi aus. —

Noch sind in Betreff des privilegium exigendi folgende Sätze zu bemerken:

1) Das Privilegium gibt nur immer einen Vorzug unter chirographarischen Gläubigern, und Pfandgläubiger werden dadurch nicht getroffen, l. 9. C. qui potior. in pign. (8, 18):

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Eos, qui acceperunt pignora, quum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constitit“,

vgl. l. 74. de jure dot. (23, 3) [„privilegium, *quod inter personales actiones vertitur*“]. Nur in Betreff der Leichenkosten wird sehr gewöhnlich eine Ausnahme von diesem Grundsatze behauptet, indem man ihnen selbst auch nach römischem Rechte einen Vorzug vor den hypothekarischen Gläubigern einräumt, und zwar beruft man sich dafür auf *Paul.* rec. sent. I. 21. §. 15:

> „Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum *primo loco* deducitur“,

ferner auf l. 45. de relig. (11, 7):

> *Maecianus.* „Impensa funeris semper ex hereditate deducitur,

quae etiam omne creditum solet praecedere, quum bona solvendo non sint",

und endlich noch vorzugsweise auf l. 14. §. 1. eod.:

Ulpian. „Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri",

vgl. Glück XI. S. 429 fgg. und die dort zahlreich Angeführten. Obwohl nun wirklich die herrschende Lehre nicht ohne großen Schein aus diesen Stellen begründet wird, so ist dieselbe doch keineswegs zweifellos, und wenn man erwägt, daß nach den Prinzipien des römischen Rechts die Pfandgläubiger sich gar nicht in den Konkurs einließen, sondern unabhängig davon ihr Recht verfolgten, so muß uns dieselbe fast unmöglich erscheinen. In der That lassen denn auch die Aussprüche des Paulus und Mäcianus sehr wohl die Auslegung zu, daß nur unter den chirographarischen Forderungen die wegen der Leichenkosten die erste Stelle einnehmen solle, und der Ausspruch des Ulpian ist wohl auf den Fall zu beschränken, wenn Jemand noch unbegraben liegt, und nun durch Einschreiten der Obrigkeit die Beerdigung erzwungen wird, vgl. die folg. Worte der l. 14. §. 1. cit.:

„Sed si adita fuerit postea hereditas, res emtori auferenda non est, quia bonae fidei possessio est, et dominium habet, qui *auctore judice* comparavit".

So natürlich es in solchem Nothfalle ist, daß das Erste Beste aus dem Vermögen des Schuldners angegriffen, und selbst ein etwaiges Pfandrecht nicht respektirt wird, so wenig möchte sich daraus doch folgern lassen, daß, wenn der Verstorbene bereits begraben ist, auch die dadurch begründete Forderung einen Vorzug vor Pfandrechten haben solle. Vgl. auch außer den von Glück Not. 29. 30. Angeführten noch bes. *Frister* l. c. cap. 1. §. 1. 2. Wie sich dies nun aber auch nach römischem Rechte verhalten mag, so ist es doch für unser heutiges Recht völlig entschieden, daß die Forderung wegen Leichenkosten allen übrigen, selbst auch den privilegirten hypothekarischen vorgeht, indem sie zu den s. g. absolut privilegirten gezählt wird, vgl. den vorhergehenden §en.

2) Das Privilegium erstreckt immer seine Wirkungen auf das ganze Vermögen, und daraus geht von selbst hervor, daß es auch Spezial-Pfandgläubigern in dem Falle nützlich sein kann, wenn die speziell verpfändete Sache zur vollen Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Wenn aber der creditor privilegarius auch ein generelles Pfandrecht hat, dann ist das privilegium begreiflich ganz bedeutungslos, und wenn wir doch mehrere Fälle finden, in

denen privilegium exigendi und gesetzliches Generalpfand zusammentreffen, so ist dieses nur historisch dadurch zu erklären, daß später zu der geringeren gesetzlichen Garantie durch das Privilegium eine umfassendere durch stillschweigendes Pfand hinzutrat. Dadurch ist namentlich das privilegium exigendi des Fiskus, der wirklichen orthodoxen Ehefrau, und in den meisten Fällen auch das privilegium der Bevormundeten für unser heutiges Recht unpraktisch geworden.

3) Wenn Jemand zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers Geld hergibt, und damit auch wirklich die Abfindung bewerkstelligt, so tritt er an die Stelle des Abgefundenen, einerlei ob er unmittelbar an den Gläubiger, oder ob er zunächst an den Schuldner gezahlt hat, l. 24. §. 3. h. t., l. 2. de cess. bonor. (42, 3).

4) Treffen mehrere privilegirte Gläubiger zusammen, so gilt die natürliche Regel, daß das Privilegium für Alle wegfällt, und also das vorhandene Vermögen pro rata unter sie vertheilt wird, ohne daß hierbei etwa ein Vorzug des Alters vorkäme, l. 32. h. t.

> *Paul.* „Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerunt, concurrent, licet diversitates temporis in his fuerint“.

Besonders privilegirt sind jedoch die Leichenkosten, indem diese immer die erste Stelle unter den privilegirten Forderungen einnehmen (s. die vorher bei Nr. 1. angef. Stellen), und nach ihnen die fiskalischen Forderungen, *Paul.* rec. sent. V. 12. §. 10, l. 34. fin. h. t.; welche beide Bestimmungen jedoch für unser heutiges Recht nicht mehr in Betracht kommen, da die Leichenkosten immer schon unter den s. g. absolut privilegirten Forderungen, die fiskalischen Forderungen theils ebenfalls unter diese, theils unter die Generalpfandrechte zu loziren sind. Wenn außerdem sehr häufig auch noch die Respublica als besonders privilegirt angeführt wird, weil sie nach l. 38. §. 1. h. t. „omnibus chirographariis creditoribus praefertur“, so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen, indem jene Worte doch wohl nur das Privilegium selbst, nicht aber einen besondren Vorzug dieses Privilegiums ausdrücken sollen. Und wenn öfter auch noch der Forderung wegen Erbauung, Ausrüstung oder Ankauf eines Schiffs eine bevorzugte Stelle unter den creditores privilegiarii eingeräumt wird wegen l. 34. h. t.:

> *Marcian.* „Quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae causa vel quoque modo crediderit, vel ob navem venditam petat, *habet privilegium post fiscum*“,

so sagen diese Worte doch augenscheinlich nichts weiter, als daß das fiskalische Privilegium dem hier angeführten vorgehe, aber keines-

wegs auch, daß dieses letztere den Vorrang vor den übrigen haben solle. — Sehr zweifelhaft dagegen ist es

a) wie es sich mit dem privilegium *dotis* verhalte. Soviel ist unleugbar, daß die Dotalforderung den übrigen privilegirten Forderungen dann vorgehen soll, wenn diese letzteren später entstanden sind, l. 9. C. de jure dot. (5, 12):

Decius. „Dotis tuae potiorem causam magis esse convenit, quam reipublicae, cui postea idem maritus obnoxius factus est".

Es läßt sich aber Manches dafür sagen, daß dieses Vorzugsrecht des privilegium dotis nicht blos auf den Fall des höheren Alters zu beschränken, sondern allgemein anzunehmen sei, so daß das „*postea*" (welches überdies bei Haloander ganz fehlt), nur auf ein zufälliges Merkmal des in diesem Reskripte entschiedenen Falls hinweisen würde. Für diese Auslegung spricht nämlich nicht nur, daß nach l. 32. cit. unter mehreren Privilegien weit leichter ein Vorzug der causa, als des Alters angenommen werden darf, sondern dieselbe wird auch noch sehr unterstutzt durch l. 12. pr. C. qui potior. in pignor. (8, 18):

Justinian „Nos itaque ad antiquas leges perspeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni — — magnam praerogativam praestantes, *ut contra omnes paene personales actiones habeant privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores*".

Nimmt man diese Auslegung an, so würde dem Dotalprivilegium eine bevorzugte Stelle hinter den Leichenkosten und den fiskalischen Forderungen anzuweisen sein.

b) Sehr zweifelhaft und bestritten ist es, welchen Platz unter den privilegirten Forderungen das unverzinsliche Depositum bei einem Argentarius einnehme? Während nämlich die l. 24. §. 2. h. t.:

Ulp. lib. 63. ad Edict. „In bonis mensularii vendundis *post privilegia* potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen numi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia",

einem solchen Depositum die letzte Stelle unter den privilegirten Forderungen zuweist, wird demselben umgekehrt von demselben Ulpian an einer frühern Stelle desselben Werks die erste Stelle eingeräumt, nämlich in l. 7. §. 2. depos. (16, 3):

Ulp. lib. 30. ad Edict. „Quoties foro cedunt numularii, solet *primo loco* ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numu-

larios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et *ante privilegia* igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito",

womit auch noch zu verbinden ist der folgende §. 3. eod.:

„Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos; hoc enim Rescripto Principali significatur",

und die durch die Kompilatoren in unmittelbaren Zusammenhang damit gebrachte l. 8. eod.:

Papinian. „Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet".

Zur Vereinigung jener zwei widerstreitenden Stellen sind von jeher sehr zahlreiche Versuche gemacht worden, ohne daß jedoch bisher einer dieser verschiedenen Meinungen eine nur irgend allgemeinere Zustimmung zu Theil geworden wäre, und in der That ist bei dieser, ursprünglich gewiß sehr einfachen Frage, durch die Ungeschicklichkeit der Kompilatoren eine solche Verwirrung in unsre Quellen gekommen, daß schwerlich eine Auslegung gefunden werden möchte, welche nicht erhebliche Zweifel übrig ließe. Mir scheint folgende, im Wesentlichen schon von *Frister* l. c. §. 11. 18. vertheidigte Ansicht am Besten mit Wort und Geist der in Frage stehenden Gesetze übereinzustimmen. Man muß drei Fälle von einander unterscheiden. Wenn erstens die bei dem Argentar deponirten Gelder noch in specie unversehrt vorhanden sind, so versteht es sich, daß der Deponent sie vindiziren kann, und so allen Kreditoren ohne Ausnahme, auch den privilegirten, vorgeht, l. 24. §. 2. cit. fin. Wenn umgekehrt zweitens von den deponirten Geldern nichts mehr vorhanden ist, dann steht der Deponent mit seiner Forderung zwar den sonstigen privilegirten Gläubigern nach, geht aber den nicht privilegirten vor, d. h. er nimmt unter den privilegirten die letzte Stelle ein, l. 24. §. 2. cit. init. Es kann aber auch drittens noch vorkommen, daß zwar allerdings bei dem Argentarius, welcher seine Zahlungen einstellt, noch deponirte Gelder vorgefunden werden, aber die einzelnen Deponenten doch nicht bestimmen können, welches gerade in specie die ihrigen seien, so daß eine eigentliche Vindikation nicht zulässig ist; und für diesen Fall enthält die l. 7. §. 2. cit. die sachgemäße Bestimmung, daß hier die Deponenten in Beziehung auf die vorgefundenen deponirten Gelder,

allen, auch den privilegirten, Gläubigern vorgehen (§. 2,), unter sich aber pro rata konkurriren sollen (§. 3.). Werden sie dadurch nicht vollständig befriedigt, so haben sie wegen ihrer Restforderung allerdings auch an das übrige Vermögen des Argentarius Anspruch l. 8. cit., aber, wie sich nach l. 24. §. 2. cit. von selbst versteht, nur erst nach den anderweiten privilegirten Gläubigern. — Ich habe schon vorher bemerkt, daß wohl keine Interpretation ganz zweifellos sein möchte, und so ist es auch diese nicht, und namentlich will die l. 8. cit. nicht recht passen, indem hier ganz dasselbe Privilegium in Betreff der noch vorhandenen deponirten Gelder und in Betreff des übrigen Vermögens angenommen scheint; aber doch halte ich die Schwierigkeiten bei dieser Auslegung für viel geringer, als bei jeder andren, und insbesondere dürfte jener falsche Schein aus l. 8. cit. wohl nur aus der ungeschickten Weglassung des Anfangs dieser Stelle, und aus der noch ungeschickteren Verbindung derselben mit der l. 7. cit. entstanden sein. Ein sehr wesentlicher Vorzug dieser Auslegung von jeder andren ist aber sicher der, daß das Resultat derselben durchaus natürlich und sachgemäß ist, und namentlich die Unterscheidung jener drei Fälle sich bei besonnener Betrachtung unseres Verhältnisses fast mit Nothwendigkeit aufdringt. — Vergleichen wir hiermit die anderweiten, schon aufgestellten, Vereinigungs-Versuche, so sind dies hauptsächlich folgende: 1) Ganz ungenügend ist die Glosse. Zu l. 7. §. 2. cit. wird bemerkt, daß in dieser Stelle von den privilegia personalia (dem privilegium exigendi), in l. 24. §. 2. cit. aber von privilegia realia (gesetzlichen Pfandrechten) die Rede sei, und man muß sich wundern, daß diese augenscheinlich unzulässige Interpretation doch auch später Anhänger gefunden hat, vgl. z. B. *Bachov* ad *Treutler*. vol. I. p. 988. In der Gl. ad l. 24. §. 2. cit. (l. 8. de privil. credit. 42, 6) wird auch diese Auslegung nicht erwähnt, wohl aber werden drei andere Vorschläge zur Vereinigung gemacht, die an's Absurde gränzen; man soll nämlich das: post privilegia in l. 24. cit. so verstehen: „postquam facta est lex, quae privilegium dat deponentibus", oder man soll dabei subintelligiren: *quaedam*, oder endlich gar, man soll das post privilegia erklären durch: postpositis privilegiis, wornach es so viel wäre, wie: ante privilegia! — 2) *Cujac.* in lib. IX. Quaest. Papin. ad l. 8. depos., in opp. IV. p. 210. will die l. 7. cit. von demselben Falle verstehn, welchen die l. 24. §. 2. fin. berührt, wenn nämlich die deponirten Gelder noch in specie vorhanden sind, und eine Vindikation zulässig ist, und diese Auslegung ist später vielfach wiederholt worden, vgl. z. B. *Forner.* Select. lib. III. c. 8 (in Otto thes. II. p. 98), *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 24. §. 2. cit. (tom. VI. p. 497) und die dort Angef., *Runde* cit. (s. oben §. 592) §. 67. p. 78, Mühlenbruch

§. 173. Not. 16, Unterh. I. S. 394. Obwohl diese Meinung auch die Auktorität des Scholiasten zu den Basiliken für sich hat (vgl. Basil. XIII. 2 fragm. 8. schol. a. bei Fabr. II. p. 119, bei Heimb. II. p. 44), so scheint mir dieselbe doch völlig unvereinbar mit l. 7. §. 3. cit., denn bei mehreren Vindikanten kann doch gewiß nicht von einem Konkurriren pro rata die Rede sein. — 3) Andre wollen zwischen depositum regulare und irregulare unterscheiden, und im ersten Falle (wenn die Restitution der Geldstücke in specie bedungen wurde) die l. 7. §. 2. cit., im zweiten aber (wenn nur dieselbe Quantität zu restituiren ist) die l. 24. §. 2. cit. in Anwendung bringen, vgl. z. B. *Hilliger* ad Donell. XXIII. 15. lit. i., *Schulting*, thes. controv. dec. 59. §. 5, *Meier*, colleg. Argentor. lib. 42. tit. 5. §. 37, *Lauterbach*, colleg. theor. pract. lib. 42. tit. 5. §. 55. und in diss. cit. §. 49. (in Diss. acad. I. p. 931), Gmelin a. a. O. S. 561, Puchta, Pand. §. 248. Not. x. Vorles. ad h. l., Seuffert §. 254, Arndts §. 227. u. A. m. — 4) Andre nehmen eben so willkührlich an, in l. 24. cit. rede Ulpian von den s. g. absoluten Privilegien (z. B. Leichenkosten, nothwendigem Aufwand auf die Regulierung der Masse), während in l. 7. cit. von dem eigentlichen privil. exigendi die Rede sei, vgl. z. B. *Voet* ad lib. XX. tit. 4. §. 14. — 5) Wieder Andre wollen einen durch Nichts begründeten (vgl. z. B. dagegen l. 47. §. 1. de pact. 2. 14, und Basil. IX. 7. fr. 24. mit XIII. 2. fr. 7. §. 2, an welchen beiden Stellen sowohl für den argentarius, wie für den mensularius dasselbe griechische Wort: τραπεζίτης gebraucht wird) Unterschied zwischen *argentarii* und *mensularii* annehmen; von den erstren rede die l. 7. cit., von den andren aber die l. 24. cit., vgl. *Overbeck*, de collocatione depositi. Heidelb. 1806. §. 9 sqq., Glück XV. S. 224 fgg., Emmerich in der Gießer Zeitschr. V. S. 72 fgg. — 6) Neustetel endlich in sein. und Zimmern's römisch-rechtl. Unters. Nr. 2. S. 33 fgg. will die Vereinigung der beiden Stellen dadurch herbeiführen, daß er die l. 7. cit. von solchen versteht, die das bei ihnen deponirte Geld weiter an einen Argentarius deponiren, also von deponirenden Depositaren, die l. 24. cit. aber von solchen, die ihr eignes Geld bei einem Argentarius niederlegen, und dieser Ansicht stimmt auch Wening in den von ihm selbst besorgten Ausgaben seines Lehrb. §. 204. bei. Obwohl dafür nicht ohne einigen Schein die Worte der l. 7. §. 2. cit. angeführt werden können: solet primo loco ratio haberi *depositariorum*, hoc est eorum, *qui pecunias depositas habuerunt*, so verschwindet dieser Schein doch gleich im folgenden Sen, wo gerade die, „*qui deposuerunt*“, depositarii genannt werden, so daß Ulpian unter den depositarii offenbar die Deponenten verstanden hat, was auch aus vielen anderen Gründen

gut nachgewiesen ist von Emmerich in der Gießer Zeitschr. V. S. 55 fgg., vgl. auch Fritz zu Wening II. S. 158 fgg. — Man kann sich nicht wundern, daß bei dieser Lage der Sache nicht Wenige an der Möglichkeit einer Vereinigung völlig verzweifeln, und dann regelmäßig die l. 24. §. 2. cit. als das praktisch allein anwendbare Gesetz ansehen, theils weil im Zweifel immer das geringere Privilegium anzunehmen sei, theils weil diese Stelle in dem Titel stehe, worin ex professo von dem privilegium exigendi die Rede sei, vgl. z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 867, Schweppe, Konkurs §. 77, Fritz zu Wening a. a. O. und in der von ihm besorgten Ausg. des Lehrb. §. 204. u. A. m.

Zweites Kapitel.

Von der Entstehung der Obligationen.

Westenberg, de causis obligationum liber singularis s. dissertt. IX. (in opp. I. p. 57 sqq.), Savigny, Oblig. Bd. II.

I. Uebersichtliche Darstellung der Entstehungsgründe der Obligationen. §. 595.

II. Insbesondere von Entstehung der Obligationen durch Verträge.

Inst. III. 15 [16] de verborum obligatione, III. 19 [20] de inutilibus stipulationibus; Dig. II. 14. de pactis, XLV. 1. de verborum obligatione; Cod. II. 3. de pactis, VIII. 38. de contrahenda et committenda stipulatione, VIII. 39. de inutilibus stipulationibus. — *Vinnius*, tract. de pactis (in tract. IV. de jurisd. pact. transact. collat. Amst. 1651. 12. und öfter, z. B. Roterod. 1664. Traj. ad Rh. 1722), *Noodt* lib. sing. ad Edict. Praet. de pact. et transact., in opp. I. p. 419 sqq., *Langsdorf* de pactis et contractibus Romanorum et de vero hujus doctr. nexu atque systemate. Manh. 1772. (im Auszug und mit Bemerkungen von Hugo in dessen ziv. Mag. I. 18), Schmitthenner, über Verträge, insbes. das Reuerecht. Gießen 1831.

1) Begriff und Hauptarten.

A) Begriff von Vertrag. §. 596.

v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. III. S. 307 fgg., Obligat. II. S. 7 fg.

Ulp. l. 1. §. 2. 3. de pactis: Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. (§. 3.) Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendive causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

B) Klassifikation der Verträge nach römischem Rechte.

a) Uebersichtliche Darstellung. §. 597.

Langsdorf l. c., Rudhart, Unters. über systemat. Eintheil. und Stellung der Verträge für Doktrin und Legislat. Nürnb. 1811. S. 185 fgg., Schmitthenner a. a. O. S. 47 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 153 fgg., IV. S. 1 fgg., v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pandektenr. (Erl. 1840) Nr. 3. S. 216 fgg., Liebe in der Gießer Zeitschr. XV. S. 63 fgg., S. 192 fgg., Unterholzner I. S. 25 fgg., Savigny II. S. 196 fgg.

b) Insbesondere:

aa) Von den Formal-Kontrakten. §. 598.

Ueber das *Nexum* (contractus per aes et libram): v. Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berl. 1835 (auch in dessen verm. Schriften Bd. II. S. 396 fgg., wo sich auch S. 461 fgg. ein Nachtrag aus d. Jahr 1849 findet), v. Scheurl, vom Nexum. Erl. 1839, *Car. Sell*, de Romanor. nexo et man-

cipio. Brunsv. 1840, *v. Heusde*, de lege Poetelia Papiria. Traj. ad Rh. 1842, Bachofen, das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia. Basel 1843, Huschke über das Recht des nexum und das alte röm. Schuldrecht. Leipzig 1846, *Giraud* des Nexi ou de la condition des debiteurs chez les Romains. Par. 1847. Vgl. auch Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts. Th. II. (1843) S. 85 fgg. und Puchta, Kurs. der Institut. Bd. III. §. 269. — Ueber die *Stipulatio*: *Mühlenbruch*, comm. hist. jurid. de vera origine, genuina vi ac indole stipul. Manh. 1805, *Garsynsky*, de orig. stipul. Vratisl. 1821, *Macieowski*, Exc. ad Virg. Aen. X. 74; inest disqu. de orig. stipul. Varsav. 1827. (vgl. Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 335 fgg.), Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschw. 1840, Gneist, form. Vertr. Abth. II u. III., Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Kassel 1855 S. 11 fgg. — Ueber Literalkontrakt: v. Savigny über den Literalkontrakt der Römer; in d. Abh. der histor.-phil. Klasse der Berl. Akademie. 1819. S. 289 fgg. (auch in dessen verm. Schriften Bd. I. S. 205 fgg. mit einem ausführl. Nachtrag aus dem Jahr 1849), *Hanlo* (praes. v. Hall), de nominum obligatione. Amst. 1825. (vgl. Erl. Jahrb. IV. S. 153 fgg.), *Wunderlich*, de antiqua literar. obligatione. Goett. 1832, Keller in Sell's Jahrb. I. S. 93 fgg., Schüler, die literarum obligatio des älteren röm. Rechts. Breslau 1842, *Pagenstecher*, de literar. obligatione. Heidelb. 1851. — Ueber die s. g. neueren Literalkontrakte des röm. Rechts s. die oben Bd. I. §. 167 angeff. Schriftsteller, denen noch Einert über das Wesen und die Form d. Liter. Kontr. zur Zeit der Justinian. Gesetzgeb. Leipz. 1852 zuzufügen ist.

bb) Von den s. g. Innominat-Kontrakten. §. 599.

Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis, Cod. IV. 64. de rerum permut. et praescriptis verbis. — Außer den in §. 597. Angef. s. noch: *Cujac.* ad tit. Dig. de praescr. verb., in opp. VII. p. 822 sqq., und ad Paul. quaest. lib. 5. ad l. 5. de praescr. verb., in opp. V. p. 1006 sqq., *Donell.* ad tit. Dig. de praescr. verb., in opp. X. p. 1215 sqq., *Retes*, de contractib. innominat. et act. praescr. verb. (in Meerm. thes. VI. p. 89 sqq.), Reich-

helm, Vers. eines Beweises, daß der Römer nur zwei Arten unben. Kontr. kannte. Halle 1800, Glück, Komm. XVIII. S. 76 fgg., Gans, über die fabelhafte Lehre von den Innominat-kontr. und d. jus poenitendi, in dessen röm. Obl.-Recht. Abh. 3. S. 166 fgg., Pöhls, Versuch einer gründlichen Darst. der Lehre von Innominat-Kontr. Heidelb. 1821, *Waechter* doctr. de cond. causa data c. n. s. in contr. innom. Tub. 1822, *Erxleben*, de contractuum innominator. indole ac natura. Goett. 1835, Elvers in seiner Themis, neue Folge Bd. I. S. 333 fgg., *Bachofen*, de Rom. judiciis civilib. Goett. 1840. p. 229 sqq., Huschke in der Gieß. Ztschr. N. F. V. S. 109 fgg. Hierher gehört auch zum großen Theile die Schrift von Erxleben, die condictiones sine causa. Abth. 2. Die condictio causa data c. n. s. Gött. 1853.

1) *Ulp.* l. 7. de pactis (2, 14): Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (§. 1). Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. (§. 2.) Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti, evictus est Stichus. Julianus scribit, in factum actionem a Praetore dandam, ille ait, incerti civilem actionem, id est praescriptis verbis sufficere, esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio. — Damit ist zu vergleichen die interessante Paraphrase in dem erst jetzt aus den Cod. Coisl. bei *Heimb.* abgedruckten Schol. ad Basil. XI. 1. fr. 7. (Heimb. I. p. 559 sqq.).

2) *Paul.* l. 5. h. t. Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus.

Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. (§. 1.) Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est, sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille, do ut des. (§. 2.) At quum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiori casu emtio; si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumtum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi; quod his, quae diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem. (§. 3.) Quodsi faciam ut des, et posteaquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. (§. 4.) Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego [exegi vel] aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest; quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo quam decem. Et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio

est, sin autem aliter fecerimus, [magis est] ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni. [Vgl. über die Kritik des §. 4: Huschke a. a. O. S. 410]. (§. 5.) Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest, et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Anm. Eine wesentliche Erweiterung des ursprünglichen römischen Kontrakten-Systems wurde seit dem Ende der Republik durch die Doktrin und zwar, wie es scheint, insbesondere durch den Einfluß Labeo's und seiner Anhänger herbeigeführt. Während nämlich bis dahin, abgesehen von den Formalkontrakten, ein Vertrag nur dann als klagbar angesehen wurde, wenn auf ihn der Begriff eines der speziellen materiellen Kontrakte anwendbar war, für welche actiones vulgares begründet waren (Kauf, Miethe, Mandat u. s. w.), so bildete sich allmälich die Theorie der h. z. T. s. g. Innominat-Kontrakte aus, wornach ein klagbarer Kontrakt stets dann angenommen wird, wenn bei einem zweiseitigen, also auf wechselseitige Leistungen gerichteten, Vertrage von einer Seite bereits wirklich geleistet worden ist. In solchem Falle soll nämlich für den, welcher geleistet hat, eine actio civilis in factum s. praescriptis verbis auf die Gegenleistung zuständig sein, während freilich gegen ihn noch kein Kontraktsrecht begründet ist, bis auch von der andern Seite die entsprechende Leistung erfolgt, so daß ihm bis dahin auch die Befugniß zusteht, seine Leistung mit einer condictio wieder zurück zu fordern. Hierbei sind noch folgende Punkte hervorzuheben:

I. Wesentliches Erforderniß eines Innominat-Kontrakts ist die Zweiseitigkeit; es müssen wechselseitige Leistungen, Leistung und Gegenleistung, bedungen sein, oder, wie es wohl auch in den Quellen ausgedrückt wird, es muß ein συνάλλαγμα vorhanden sein, ein *contractus* in dem engeren S. d. W., l. 19. de V. S., ein *negotium* in dem engeren S., l. 7. §. 2. de pactis (T. 1), l. 1. pr. de aestimatoria (19, 3), l. 13. pr., l. 15., l. 19. pr., l. 22. h. t., l. 32. de R. C. (12, 1), l. 33. de cond. indeb. (12, 6), l. 35. §. 3. de

mort. c. donat. (39, 6). Wie die Leistung und Gegenleistung beschaffen sei, ist nach vollständiger Ausbildung des Systems der Innominat-Kontrakte gleichgültig, und die vier Formeln, auf welche die Römer alle zweiseitigen Verträge — nicht bloß die Innominat-Kontrakte — zurück zu führen pflegen: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, paßten also sämmtlich nach dieser neuesten Gestaltung der Lehre auch für Innominat-Kontrakte. Freilich war dieses nicht von jeher der Fall, indem die Ausbildung der actio praescriptis verbis nur allmählich geschah. Zunächst dürfte wohl eine solche Klage aufgekommen sein bei dem Trödelvertrage, indem man hierbei sehr zweifelhaft war, welche actio vulgaris einzuräumen sei, ob die actio venditi oder locati oder conducti oder mandati, und da wurde denn zur Abschneidung dieser Zweifel die actio praescriptis verbis eingeführt, l. 1. pr. de aestimat. (19, 3), nnd an diesen Fall reihten sich dann später andre Anwendungsfälle dieser Klage in immer größerer Zahl an, so daß Ulpian in l. 1. cit. sagen konnte:

„Quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam *aestimatoriam* praescriptis verbis actionem",

in welcher Stelle man also gewiß nicht das *aestimatoriam* als ein unechtes Glossem ausmerzen darf. Wie aber in jenem wahrscheinlich ursprünglichen Falle ein enges Anschließen an das bestehende Kontrakten-System offensichtlich ist, ganz so scheint man auch noch später längere Zeit hindurch die actio praescriptis verbis nur in solchen Fällen als zuläßig angesehen zu haben, in denen sich ein spezieller Anknüpfungspunkt an einen benannten Kontrakt nachweisen ließ. So gehen namentlich nicht wenige Anwendungsfälle unserer Klage darauf hinaus, daß in ihnen die Grenzen eines benannten Kontrakts unsicher und schwankend waren, wo dann die römischen Juristen sagten: *tutius esse*, praescriptis verbis agere, §. 2. J. de loc. (3, 24), l. 9. §. 3. de dolo malo (4, 3), l. 13. §. 2. commodati (13, 6), l. 50. de contr. emt. (18, 1), l. 6. de resc. vend. (18, 5), l. 1. §. 1. 2, l. 5. §. 4, l. 12, l. 13. pr. §. 1, l. 17. pr. §. 1. 2. 3, l. 19, l. 20. pr. §. 1. 2, l. 22, l. 24. h. t. Und wo auch nicht gerade dies gesagt werden kann, da lieben es doch die römischen Juristen, wenigstens die Aehnlichkeit mit einem benannten Kontrakte hervorzuheben, vgl. bes. Paulus in l. 5. h. t. (T. 2), wo stets nach einem solchen Anknüpfungspunkt gesucht wird, s. namentlich §. 4: „quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni;" vgl. auch l. 2. de rer. permut. (19, 4). l. 2. C. eod. (4, 64), Paul. rec. sent. V. 6. §. 10. Mochte es aber hiernach auch noch in späterer Zeit manchem

römischen Juristen nothwendig scheinen, zur Begründung einer actio praescriptis verbis einen bestimmten Anhaltspunkt in einem analogen benannten Kontrakte aufzufinden, so muß es doch als ausgemacht gelten, daß von der Mehrzahl der späteren römischen Juristen dies als außerwesentlich angesehen, und Alles einfach nur darein gestellt wurde, daß wechselseitige Leistung bedungen, und also ein contractus oder negotium in d. engren Sinn d. W. vorhanden sei, vgl. die oben zitirten Gesetze. — Aus dieser allmäligen, unter fortwährenden Kontroversen der römischen Juristen vollendeten Bildung der actio praescriptis verbis erklärt sich auch wohl am Einfachsten die vielbesprochene Antinomie in Betreff des Falls: *facio ut des*. Paulus spricht nämlich hierfür in völlig klaren und unzweideutigen Worten jede actio civilis ab, und läßt nur die actio de dolo zu, l. 5. §. 3. h. t. (T. 2), und damit übereinzustimmen scheint auch die l. 4. C. de dolo (2, 21 [20]), wo ebenfalls für einen solchen Fall nur die actio de dolo erwähnt wird. In einer Reihe anderer Stellen wird dagegen in Fällen dieser Art eine actio praescriptis verbis zugelassen, und also ein Innominat-Kontrakt anerkannt, vgl. l. 9. 15. 22. 25. h. t., l. 6. C. de transact. (2, 4), wobei nur zu bemerken ist, daß die letztre Stelle von einer *utilis* actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat redet, was auch wohl schwerlich mit Huschke a. a. O. 125 in *civilis* actio umgewandelt werden darf, vgl. Savigny Syst. V. S. 97. Not. m. Wenn wegen der ersteren Stellen noch in neuerer Zeit nach dem Vorgange mancher Aelteren Reichhelm a. a. O. den Grundsatz hat aufstellen wollen, daß jeder Innominat-Kontrakt mit einem *dare* anfangen müsse, und es deßhalb nur zwei Klassen solcher Kontrakte gebe (do ut des und do ut facias), so war diese Behauptung nur möglich, weil Reichhelm die andren vorher zitirten Gesetze theils ignorirte, theils ganz willkührlich verdrehte; und nicht viel besser ist es, wenn Andre das *dare* als Anfangspunkt des Innominat-Kontrakts auch noch im Justinianischen Rechte als Regel hinstellen, und die widersprechenden Gesetze von Ausnahmen verstehen wollen, die ihren Grund bald darin haben sollen, weil hier das *facere* einen pekuniären Vortheil des andern Paziszenten mit sich führe, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 90 fgg., und Huschke a. a. O. S. 123 fgg., bald darin, weil das facere hier so beschaffen sei, daß eine Mitwirkung des andren Kontrahenten nothwendig, und dadurch eine Aehnlichkeit mit dem dare herbeigeführt sei, vgl. z. B. Unterholzner I. S. 47, und s. auch Elvers a. a. O. S. 389 fgg. Auf der andren Seite ist aber freilich eben so wenig zu billigen, wenn man den Ausspruch des Paulus durch Interpretation hat hinwegdeuteln wollen, und namentlich ist die häufig vertheidigte Auslegung, wornach Paulus nicht die actio prae-

scriptis verbis, sondern nur die condictio versagt, und blos an deren Statt die actio de dolo eingeräumt habe, vgl. z. B. *Donell.* cit. cap. 10 sqq. (in opp. X. p. 1235 sqq.), *Retes* cit. c. 11. (in Meerm. thes VI. p. 113 sqq.), Pöhls a. a. O. S. 150 fgg. u. A. m. weder mit den Worten des §. 3. cit. zu vereinigen, noch paßt sie in den ganzen Zusammenhang der Stelle. Meines Erachtens bleibt nichts übrig, als den Widerspruch zuzugeben, und ihn, wie schon oben angedeutet wurde, daraus zu erklären, daß bei dieser sich allmälich entwickelnden Lehre die römischen Juristen selbst nicht über alle einzelnen Fälle einig waren, wovon ja auch viele andere Stellen (vgl. nur z. B. T. 1) Zeugniß geben, und daß insbesondere die Fälle, in denen ein *facere* den Anfang bildete, am Spätesten zur allgemeinen Anerkennung gelangt sind. Daß dieses letztere aber wenigstens im Justinianischen Rechte wirklich der Fall ist, scheint mir nach dem oben Bemerkten völlig unzweifelhaft, und eine beachtenswerthe Bestätigung dieser Ansicht kommt namentlich in dem zu T. 1. angeführten Schol. zu den Basiliken vor, wo in einer ausführlichen Darstellung der Lehre von den Innominat-Kontrakten fünf bis sechsmal in verschiedenen Wendungen die Kontrakte *facio* ut des vel facias vollständig den Kontrakten *do* ut des vel facias gleichgestellt sind, und aus allen unbedenklich die actio praescriptis verbis gestattet wird.

II. Die Zweiseitigkeit allein genügt aber freilich nicht, um den Begriff des Innominat-Kontrakts zu begründen, sondern dazu gehört noch wesentlich, daß die Leistung von einer Seite bereits wirklich erfolgt sei, und fast unbegreiflich ist es, wie Gans a. a. O. S. 189 fgg. (vgl. auch Roßhirt in sein. Zeitschr. III. S. 201 fgg.) das Gegentheil behaupten kann; denn nicht nur, daß überall, wo die actio praescriptis verbis als begründet vorkommt, stets die vorgängige Leistung vorausgesetzt wird — was namentlich auch in der von Gans bes. angeführten l. 15. h. t. der Fall ist —, sondern es wird auch mehrfach mit ganz klaren Worten die geschehene Leistung als nothwendige Bedingung des Kontrakts aufgeführt, vgl. z. B. statt aller l. 1. §. 2. de rer. permut. (19, 4):

> *Paul.* „Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem *ex re tradita initium obligationi praebet*, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, *quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent*, ut in emtione, venditione, conductione, mandato".

Augenscheinlich ist gerade das der leitende Gedanke, welcher der Lehre von den Innominat-Kontrakten zu Grunde liegt, daß wenn Einer der Paziszenten bereits die Leistung angenommen habe, nicht

mehr eine nuda pactio vorhanden sei, sondern eine civilis obligatio entstehe, ein Gedanke, der seinen Keim schon in dem bekannten Grundsatz der XII Tafeln hat, daß alle bei einer Manzipation dem Empfänger aufgelegten Verbindlichkeiten rechtskräftig sein sollten („cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto"). Dieser Grundsatz wurde auch auf die **Tradition** angewendet, l. 48. de pact. (2, 14):

Gai. libr. III. ad leg. XII tab. „In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est,"

und darin konnte dann leicht die durch wirkliche Leistung und deren Annahme begründete actio praescriptis verbis ihren zivilistischen Anhaltspunkt finden, vgl. auch l. 8. h. t.

Papinian. „— — nec videri nudum pactum intervenisse, quoties *certa lege dari* probaretur",

l. 45. de pact. (2, 14):

Hermogenian. „Divisionis placitum, nisi *traditione* vel stipulatione sumat effectum, ad effectum ut nudum pactum nulli prodesse poterit",

l. 6. C. de rer. permut. (4, 64):

Dioclet et *Maximian.* „Rebus *certa lege traditis*, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem, juris auctoritas demonstrat",

l. 25. h. t., l. 20. §. 1. de pact. dotat. (23, 4), l. 10. C. de pact. (2, 3), l. 8. C. de rer. permut. (4, 64), l. 1. C. de pact. conv. (5, 14) u. a. m. Sehr bestimmt wird denn auch die vorgängige Leistung als wesentliches Erforderniß des Innominat-Kontrakts an mehreren Stellen des schon oben angeführten Schol. zu den Basiliken hervorgehoben, vgl. z. B. gleich im Anfang: Sed et si conventio in speciale nomen contractus non transeat, justa autem causa conventionis subsit, eleganter Aristo Celso respondit, dicens etiam sic nasci actionem, *dummodo praecesserit datio, ut aliquid daretur, vel factum, ut aliquid fieret vel daretur* [*μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποίησις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει*]". (Ueber die scheinbar widerstreitende l. 3. §. 4. de cond. c. d. c. n. s. s. oben S. 233).

III. Die Klage, welche aus einem Innominat-Kontrakte hervorgeht, ist die *actio praescriptis verbis*, auch *civilis in factum actio*, oder auch *civilis incerti actio*, eine Klage, die übrigens keineswegs blos auf Innominat-Kontrakte beschränkt ist. Im Gegensatz zu den vulgares actiones, bei denen die demonstratio durch einen kurzen technischen Ausdruck das der Klage zu Grunde liegende Sachverhältniß bezeichnete, mußten hier in einer ausführlicheren *praescriptio* die die Klage begründenden Thatsachen angegeben werden (daher der

Name: a. *praescriptis verbis* und a. *in factum*; eine ganz abweichende, aber gewiß unrichtige Ansicht über den ersteren Namen s. bei Schneider, subsidiäre Klagen S. 39 fgg), und daran schloß sich dann, im Gegensatz zu den actiones in factum *praetoriae* (vgl. auch oben Bd. I. §. 138. Anm.) eine intentio incerta juris civilis an (daher der Name *civilis* actio, und auch wohl *incerti* actio, obwohl in der letztren Beziehung Elvers a. a. O. S. 347 fgg. a. M. ist); vgl. auch über die formula der actio praescr. verb. die interessante Notiz in dem schon öfter angeführten Schol.:

„διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα“ (Ideo incertam tribuo, id est praescriptis verbis, quae rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est in condemnatione consueta desinit).

Vgl. Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. III. §. 54. 55, Hasse im Rhein. Mus. VI. S. 42 fgg., Heimbach in d. Gießer Zeitschr. XI. S. 285 fgg., *Erxleben* cit. p. 61 sqq., v. Savigny, System V. S. 96 fgg., Keller röm. Zivilproz. §. 42. S. 179 fgg. — Der ausschließliche Zweck der Klage ist, die Gegenleistung und resp. das Interesse wegen Unterlassung derselben einzufordern, l. 5. §. 1. h. t. (T. 2.), l. 7. eod. („agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest“) u. a. m., und wenn aus den Schlußworten der l. 4. C. de rer. permut. (4, 64) hervorzugehen scheint, daß dieselbe doch auch alternativ auf Rückgabe des Gegebenen angestellt werden könne, so muß diese Annahme, obwohl sie nach rein grammatischer Interpretation vollkommen gerechtfertigt werden könnte, doch entschieden zurückgewiesen werden, indem die Kaiser hier offenbar nur (in freilich nicht sehr präziser Sprache, ähnlich wie Paulus in l. 5. §. 1. h. t.) den einfachen Gedanken ausdrücken wollen, daß in dem zu entscheidenden Falle nicht nur die actio praescr. verb auf Gegenleistung zulässig sei, sondern auch alternativ die Rükleistung des Gegebenen gefordert werden könne; s. auch l. 5. C. eod, und vgl. Huschke a. a. O. S. 128 fgg. Es gehört aber die Klage unzweifelhaft, wenigstens sofern sie aus Innominat-Kontrakten hervorgeht, zu den actiones *bonae fidei*, vgl. bes. l. 1. pr. de aestimat. (19, 3), wo Ulpian nicht etwa blos vom Trödelvertrag, sondern vom Innominat-Kontrakt überhaupt sagt:

„est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus“;

vgl. auch l. 42. pr. de mort. c. donat. (39, 6) verb.: „bonae fidei autem judicio constituto“ (s. oben Bd. I. S. 229 fg. und

Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 204). Wenn Justinian in §. 28. J. de act. (4, 6) nur die „actio praescriptis verbis quae *de aestimato* proponitur, et ea quae *ex permutatione* competit" unter den bonae fidei actiones aufführt, so sind dies im Sinne Justinian's gewiß nur Beispiele; abweichend sind zwar mit manchen Aeltern, z. B. *Retes* cit. c. 8. nr. 4 sqq., auch noch h. z. T. *Erxleben* cit p. 76 sqq. *Bachofen* cit. p. 245 sqq. und Puchta Institut. II. §. 165. a. E., vgl. aber dagegen Elvers a. a. O. S. 351 fgg., v. Savigny, System V. S. 485. Not. f., Huschke a. a. O., Wächter Erörtr. II. S. 82. Not. 57, Keller röm. Proz. S. 180. Not.

IV. Unzweifelhaft älter, als die Klage auf die Gegenleistung ist die aus der Aequitas hervorgehende (vgl. z. B. l. 65. §. 4. de cond. indeb. 12. 6.) Klage auf Rückgabe des Gegebenen, die *condictio causa data causa non secuta*, eine Klage, die übrigens eben so wenig, wie die actio praescriptis verbis gerade auf Innominat-Kontrakte beschränkt ist, vgl. unten §. 626. Vor Einführung der actio praescriptis verbis durch augenscheinliches Bedürfniß hervorgerufen, wurde sie auch durch jene neuere Klage nicht verdrängt, weil doch auch noch nachher immer der natürliche Gesichtspunkt festgehalten wurde, daß durch die Leistung von einer Seite nur gerade für den, welcher geleistet hat, Kontraktsrechte entstehen sollten, so daß also für den Nichtleistenden keine neuen Rechte entstanden, sondern dessen rechtliche Lage so blieb, wie sie vor Einführung der actio praescriptis verbis begründet war. Seit Einführung dieser neuen Klage hat also derjenige Kontrahent, welcher mit seiner Leistung vorangegangen ist, die freie Wahl, ob er mit der a. praescr. verb. auf die Gegenleistung, oder mit der condictio causa data c. n. s. auf Rückgabe des von ihm Gegebenen klagen will, l. 5. §. 1. 2, l. 7. h. t., l. 4. 5. C. de rer. perm. (4, 64), und gerade dadurch unterscheiden sich die Innominat-Kontrakte charakteristisch von den contractus certi, indem bei den letzteren eine solche condictio schlechthin nicht Statt findet, vgl. auch l. 16. de cond causa data (12, 4), l. 1. C. de rer. perm. (4, 64) Dabei versteht sich nur von selbst, daß in den Fällen, wo die Leistung in einem *facere* besteht, die Rückforderung wenigstens in den meisten Fällen (denn s. z. B. l. 4. de cond. causa data 12, 4) der Natur der Sache nach zessiren muß, l. 25. h. t., und wenn Schmitthenner a. a. O. S. 99 fgg. auch in diesen Fällen die condictio auf die *aestimatio* des Faktum zulassen will, so liegt dieser Behauptung offensichtlich eine Verkennung des wahren Wesens unserer condictio zu Grunde. Es versteht sich aber auch ferner von selbst, daß von Rückforderung keine Rede mehr sein kann, wenn die Gegenleistung wirklich gemacht ist, l. 1. pr. de

cond. causa data (12, 4); weshalb namentlich dann, wenn die Gegenleistung in einem *non facere* besteht, die condictio nicht Statt findet, so lange der andere Paziszent kein factum contrarium vornimmt, l. 3. pr. §. 1. de cond. causa data (12, 4). Es müssen aber bei dieser condictio zwei Fälle wohl von einander unterschieden werden, nämlich die Rückforderung *ob causam non secutam* (veranlaßter Rücktritt), und die Rückforderung *ex mera poenitentia*, eine Unterscheidung, auf welche die Quellen selbst hinweisen, l. 3. § 2. de cond. causa data (12, 4):

> *Ulp.* „Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis*, possum condicere, *aut si me poeniteat*, condicere possum",

vgl. auch l. 5. pr. eod. Was nun:

1) die Rückforderung *ob causam non secutam* anbelangt, so findet diese dann Statt, wenn die erwartete Gegenleistung nicht rechtzeitig geschehen ist, l. 5. §. 2. h. t., l. 3. §. 3. de cond. causa data (12, 4), oder wenn sie wegen Kulpa des Verpflichteten unmöglich geworden ist, l. 5. §. 1. h. t., l. 10. C. de cond. ob causam dat. (4, 6), oder wenn sie gleich Anfangs unmöglich war, und der Geber dies nicht wußte, l. 3. §. 5. de cond. causa data (12, 4), l. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6). Vgl. überhaupt *Waechter* cit. p. 36 sqq. Ist dagegen die erwartete Gegenleistung durch einen Zufall unmöglich geworden, so zessirt die Rückforderung ob causam non secutam; vgl. oben S. 233 fgg.

2) Sehr bestritten ist die Rückforderung *ex mera poenitentia*. Dieselbe wird öfter in den Gesetzen angeführt, vgl. bes. l. 3. §. 2. 3, l. 5. pr. §. 1. 2. 3. 4. de cond. causa data (12, 4), u. s. auch l. 5. §. 1, l. 7. h. t., l. 1. 4. 5. 7. C. de rer. permut. (4, 64) (welche letztren Stellen zwar nicht geradezu von einer *poenitentia* sprechen, sondern allenfalls auch von einer Rückforderung ob causam non secutam verstanden werden könnten, aber am Natürlichsten gewiß, ungeachtet der grundlosen Einwendungen Erxlebens a. a. O. S. 383 fg., auf die, bis zu erfolgter Gegenleistung unbedingt statthafte Rückforderung aus Reue bezogen werden). Da in keiner dieser Stellen auf eine Singularität hingewiesen wird, so muß wohl schon darum angenommen werden, daß das Reuerecht in allen Fällen der Innominat-Kontrakte Platz greift, sofern nicht die Natur der Sache entgegensteht, und die dabei zu Grunde liegende Idee ist augenscheinlich die, daß durch die Leistung von einer Seite auch eben nur derjenige, welcher geleistet hat, Kontraktsrechte erwirbt, und für den Andern nur dann erst ein Kontrakt entsteht, wenn auch er geleistet hat, so daß er sich vor diesem Zeitpunkt in keiner Weise auf den Kontrakt berufen darf. Freilich haben doch Viele dieses Reue-

recht für eine große Anomalie gehalten, und aus diesem Grunde dasselbe um jeden Preis aus dem römischen Rechte zu entfernen versucht, vgl. bes. Gans a. a. O. S. 197 fgg., *Waechter* cit. praef. p. IX. not. b., *Erxleben* diss. cit. p. 143 sqq. und in der Schrift über die condictio c. d. c. n. s. S. 354 fgg., Hasse im Rhein. Mus. VI. S. 46 fgg.; s. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 344. und Schilling, Lehrb. §. 325. Not. k. Vorzüglich führt man dagegen an, daß ja schon nach allgemeinen Prinzipien des römischen Rechts das Paktum als solches eine Einrede begründe, und so müsse also jedenfalls schon aus diesem Grunde bei einem Innominat-Kontrakt der Empfänger gegen die Rückgabe ex mera poenitentia durch eine wirksame Einrede geschützt sein. Um diesen sehr scheinbaren Einwand zu entkräften, haben Manche den Satz, daß nach römischem Rechte pacta nuda eine Einrede begründeten, ganz abgeläugnet, und nur bei dem pactum *de non petendo* eine Einrede gestattet, vgl. z. B. außer manchen Aelteren (*Noodt* de pact. c. 6, *Galvan.* de usufr. c. 10. u. A. m.) auch Pöhls a. a. O. S. 85 fgg., Meyerfeld, Schenkungen I. S. 344 fgg., Liebe in der Gießer Zeitschr. XV. S. 201 fgg., Gneist form. Verträge S. 169 fgg., Holtius, Abhandll. S. 7 fgg., Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 16 fgg., in der That aber bedarf es zur Beseitigung jenes Einwands keiner solchen gewagten, und mit unsren Quellen sicher unvereinbaren (vgl. auch *Waechter* cit. p. 4 sqq., Büchel, zivilrechtl. Erörter. Bd. II. S. 65 fgg., Savigny, Oblig. I. S. 53 fgg.) Behauptung, sondern man muß nur erwägen, daß bei einem Innominat-Kontrakte derjenige, welcher leistet, nicht *solvendi* causa, sondern blos und allein *contrahendi* causa leistet, und daß aus diesem Grunde von einer soluti retentio keine Rede sein kann. In der That verhält es sich also mit einer solchen Leistung aus einem Innominat-Kontrakte im Wesentlichen nicht anders, wie bei einer Leistung conditionis implendae causa, und wie hier unbezweifelt eine Rückforderung ex mera poenitentia Statt findet, wenn der Leistende auf das bedingte Recht verzichtet, l. 1. §. 1. de cond. causa data (12, 4):

Ulp. „Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere",

so muß dies auch bei einem Innominat-Kontrakte der Fall sein, vgl. auch Schmitthenner a. a. O. S. 95 fgg., *Bachofen* cit. p. 299 sqq., Elvers a. a. O. S. 380 fgg., v. d. Pfordten a. a. O. S. 276 fgg., Liebe a. a. O. S. 219 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 225. 283, Windscheid, Voraussetzung S. 165 fg. S. 180 fg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. R. Bd. I. S. 394 fgg. und die Lehr- und Handbücher von Schweppe §. 496, Wening

§. 276, Göschen §. 489, Puchta §. 308, Arndts §. 235 u. A. m. Als völlig unstatthaft müssen aber auch die verschiedenen Versuche angesehen werden, durch welche man die oben angegebenen positiven Beweise hat entkräften wollen. So will namentlich Gans a. a. O. S. 208 fgg. (dem auch Hasse a. a. O. beistimmt) die l. 3. §. 2. 3. und l. 5. §. 1. 2. de cond. causa data aus der bekannten Constitutio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum erklären, wornach dann, wenn Jemand einen Sklaven mit der Auflage der Manumission verkauft, oder wenn Jemand Geld für eine vorzunehmende Manumission empfangen habe, und die zur Manumission festgesetzte Zeit sei vorübergegangen, der Sklave ipso jure frei werden soll, l. 3. de serv. export. (18, 7), l. 1. 3. 6. 9. qui sine manum. (40, 8), l. 38. de liber. causa (40, 12), l. 2. 3. 6. C. si mancip. ita fuerit alienat. (4, 57); durch diese Konstitution sei nämlich auch dem Verkäufer und resp. dem Geber des Geldes das Recht eingeräumt worden, zu pönitiren, l. 3. de serv. export., l. 3. qui sine manum., l. 2. §. 1. f. de cond. causa data (12, 4), und von dieser poenitentia, nicht aber von dem angeblichen, bei Innominat-Kontrakten Statt findenden Reuerecht seien die obigen Stellen allein zu verstehen. Augenscheinlich geht aber die poenitentia aus jener Constitutio nur blos darauf, daß der Verkäufer oder der Geber ganz frei die Auflage der Manumission erlassen kann, und dann auch der Sklave nicht ipso jure frei wird; daß aber auch das Gegebene wieder zurück gefordert werden könne, davon enthält jene Constitutio kein Wort, und wenn also in den obigen Stellen eine Rückforderung ex capite poenitentiae erwähnt wird, so versteht es sich nach dem eben Bemerkten von selbst, daß dieses nicht seine Erklärung in jener Constitutio, sondern nur in der Natur der Innominat-Kontrakte finden kann, vgl. auch Pöhls a. a. O. S. 94 fgg., *Erxleben* diss. cit. p. 149 sqq. not. 6. und Condict. II. S. 222 fg., Liebe a. a. O. S. 228 fgg. Not. Eben so wenig ist auch die Meinung von Gans S. 212. Not. in Betreff der l. 5. pr. de cond. causa data zu billigen, daß nämlich die da erwähnte poenitentia sich „aus der Konkurrenz eines Mandats mit der condictio ob causam datorum“ erkläre, und ganz unbefriedigend ist auch die Ansicht von Hasse a. a. O., welcher aus dieser Stelle ein singuläres Reuerecht für den einen Fall ableiten will, wenn der Empfänger durch Zufall verhindert sei, die versprochene Gegenleistung zu geben. — Einen ganz andern Weg zur Entkräftung aller dieser Stellen schlägt Erxleben ein. In seiner diss. cit. vertheidigt er nämlich die Ansicht, daß in allen Fällen, in denen das Reuerecht in den Gesetzen erwähnt werde, eine Aehnlichkeit mit dem Mandats-Kontrakt vorhanden sei, und nur gerade in dieser Aehnlichkeit der

Grund jenes Reuerechts gefunden werden müsse, woraus von selbst hervorgehe, daß dasselbe keineswegs bei allen Innominat-Kontrakten Statt finde, vgl. auch Mühlenbruch §. 344. und Schilling §. 325, und noch weiter geht er jetzt in seiner Schrift über die cond. c. d. c. n. s., indem er hier in ausführlichen Entwicklungen die Behauptung zu begründen sucht, daß in den Fällen der l. 5. pr. §. 1. 2. de cond. c. d. reine Mandats-Verhältnisse vorhanden seien, und das in diesen Stellen anerkannte Reuerecht für die Theorie des Innominat-Kontrakts ohne alle und jede Bedeutung sei (S. 214 fgg.); bei Innominat-Kontrakten werde das Reuerecht nur blos in einem einzigen Falle in den Gesetzen erwähnt, wenn nämlich Jemanden etwas gegeben worden sei, damit er einen ihm gehörenden Sklaven manumittire, l. 3. §. 2—4, l. 5. §. 3. 4. de cond. c. d., und in diesem Falle erkläre sich dasselbe sehr natürlich, weil hier gar kein auf den Vortheil des Gebers und des Empfängers gerichtetes Geschäft vorliege (S. 354 fgg.). In der That braucht man aber nur mit Unbefangenheit die l. 5. pr. §. 1. 2. citt. zu lesen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß wenigstens Ulpian die da entschiedenen Fälle weder als reine Mandats-Fälle ansieht, noch auch eine Aehnlichkeit mit dem Mandate als Grund seiner Entscheidungen andeutet; und eben so wenig kommt in l. 3. §. 2. 3. und l. 5. §. 3. 4. citt. eine Spur davon vor, daß gerade nur in dem besondren hier entschiedenen Falle wegen der Eigenthümlichkeit desselben ein Reuerecht Statt finde; vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 396 fgg. Anm. 19. — Die hier vertheidigte Meinung in Betreff des Reuerechts wird auch noch bestätigt durch das schon so oft angeführte interessante Schol. zu den Basiliken, wo es nach der Uebersetzung des Herausgebens so heißt: „Quum igitur animadverteris, ut dixi, conventionem, quae proprium contractus nomen non habeat, praecesserit autem datio, ut detur aliquid vel fiat, et factum, ut fiat aliquid vel detur, et ad haec justa causa subsit iis, quae placuerunt, tunc conventionem generali nomine contractum appella, et da civilem actionem praescriptis verbis, quum scilicet, qui dedit, impleri velit contractum, ob quem etiam aliquid dedit, *aut si nolit impleri, da condictionem causa data causa non secuta, quum eum, qui dedit, integra re scilicet, poeniteat, isque nolit impleri contractum*“.

V. Die ganze bisher dargestellte Lehre von den Innominat-Kontrakten des römischen Rechts muß aber nothwendig für unser heutiges Recht als unpraktisch angesehen werden. Da nämlich h. z. T. unzweifelhaft der Grundsatz gilt, daß schon das blose Paktum als solches vollkommen klagbar ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß jetzt die Leistung, welche von einer Seite in Folge eines solchen

Paktum geschieht, eine ganz andere Bedeutung hat, als nach römischem Rechte. Dieselbe geschieht nämlich jetzt begreiflich durchaus nicht mehr contrahendi causa, sondern blos und allein *solvendi causa*. Der Paziszent erfüllt damit eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung auch durch eine Kläge hätte erzwungen werden können, und an eine Rückforderung des Gegebenen kann also schlechthin nicht mehr gedacht werden. M. a. W. die Verträge, die nach römischem Rechte nur in der Gestalt eines Innominat-Kontrakts wirksam waren, und eben deßhalb mehrfache in dem Obigen dargestellte Eigenheiten hatten, sind h. z. T. nichts als einfache Konsensual-Verträge, und alle Besonderheiten, die ja darin ihren Grund hatten, daß erst durch die Leistung ein Kontrakt für den Leistenden begründet wurde, müssen eben deßhalb von selbst hinwegfallen. In Betreff des reinen Reuerechts ist dies auch schon lange von den bei Weitem Meisten anerkannt, und die wenigen Dissentienten, vgl. die bei Glück IV. S. 294. Not. 29. Angef., und unter den Neueren bes. Schmitthenner a. a. O. S. 155 fgg. und gewisser Maßen auch Roßhirt in sein. Zeitschr. II. S. 385 fgg., III. S. 218 fgg., IV. S. 36 fgg. sind, gewiß mit vollstem Rechte, so unbeachtet geblieben, daß es fast unbegreiflich ist, wie Meyer in Schweppe's Hdb. III. §. 496. versichern kann, daß in der Praxis dieses Reuerecht noch fortdauernd anerkannt sei; vgl. auch Erxleben a. a. O. S. 464 fgg. Anders aber verhält es sich mit dem veranlaßten Rücktritt, indem dieser lange Zeit von den Meisten noch als fortdauernd angesehen wurde, vgl. die vielen bei *Waechter* p. 124 sqq. Zitirten. Aber auch diese Meinung muß als irrig verworfen werden. Auch die Rückforderung ob causam non secutam hat nämlich ihr zivilistisches Fundament, eben so wie die Rückforderung ex mera poenitentia, nur in dem Gedanken, daß durch die Leistung nur für den Leistenden, nicht auch für den Empfänger ein Kontraktsrecht begründet werde, und da sich dieses h. z. T. anders verhält, indem für jeden der beiden Paziszenten schon durch das blose Paktum ein wirksames Vertragsrecht entsteht, so muß jetzt in den Fällen, wo die Römer Innominat-Kontrakte annahmen, die condictio causa data c. n. s. in ihren beiden Funktionen zessiren, und es kann nur von einer Klage auf Erfüllung die Rede sein. Es verhält sich jetzt also ähnlich so, wie wenn bei den Römern in einem Falle, der an und für sich zu einem Innominat-Kontrakte sich geeignet hätte, Stipulationen abgeschlossen waren, und wie hier unzweifelhaft die condictio ausgeschlossen war, vgl. z. B. l. 4. 7. C. de rer. perm. (4, 64), so muß dieselbe h. z. T. wegen des beide Paziszenten wirksam verpflichtenden Paktum ausgeschlossen sein; vgl. bes. *Waechter* cit. p. 117 sqq., und Erxleben a. a. O. S. 468 fgg, und es ist

dies h. z. T. auch fast allgemein anerkannt, vgl. z. B. Wening, Lehrbuch §. 276 a. E., Mühlenbruch, Lehrb. §. 344. a. E., Puchta, Pand. §. 308, Göschen, Vorl. §. 490, Unterh. II. S. 41, v. d. Pfordten a. a. O. S. 294., Savigny Syst. IV. S. 287 fg., Seuffert Lehrb. §. 370, Windscheid Voraussetzung S. 162 fgg., Arndts Lehrb. §. 235, Mommsen a. a. O. S. 397 fgg. u. A. m.

C) Von der heutigen Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze, und Klassifikation der Verträge nach jetzigem Rechte. §. 600.

Die Literatur s. bei §. 597 und 599, und dazu noch v. d. Pfordten, Abhandlungen Nr. 4. („Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge").

2) Erfordernisse eines Vertrags.

A) Rücksichtlich der Subjekte. §. 601.

Koch II. S. 258 fgg., Unterh. I. S. 139 fgg. — (Einzelne hier in Betracht kommende Punkte sind bereits an andren Stellen des Lehrbuchs erörtert; vgl. namentlich über die Verträge Unmündiger Bd. I. §. 279. Anm. S. 591 fgg. und über die Verträge Minderjähriger Bd. I. §. 291. Anm. 2. S. 609 fgg).

B) Rücksichtlich des Gegenstandes. §. 602.

Koch II. S. 299 fgg., Unterholzner I. S. 204 fgg. — Ueber unmögliche Leistungen insbes. vgl. Sintenis pr. Zivilr. II. S. 21 fgg., Savigny Oblig. I. S. 381 fgg. II. S. 284 fgg. und bes. Mommsen Beiträge zum Oblig. Recht Bd. I. S. 102 fgg.

C) Rücksichtlich der nöthigen Willensbestimmung.

a) Von dem Wesen des vertragsmäßigen consensus überhaupt. §. 603.

Koch II. S. 55 fgg. Unterholzner I. S. 53 fgg. —

Ueber Perfektion des Vertrags unter Abwesenden vgl. außer Koch und Unterholzner zitt. auch noch v. Wening-Ingenh. im ziv. Arch. II. 25, Hasse im Rhein. Mus. II. S. 371 fgg., Strippelmann Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel Bd. V. S. 406 fgg., Scheurl Beiträge Bd. I. S. 301 fgg., *Molitor* I. p. 90 sqq. S. auch die Andeutungen bei Wächter im ziv. Arch XIX. S. 116. Not. 3, Mühlenbruch, Lehrb. §. 331, Puchta, Pand. §. 251, Vorles. ad h. l., Seuffert §. 256. Not. 2, Savigny Syst. VIII. S. 235 fg., Sintenis pr. Zivilr. II. S. 246 fgg. Anm. 14, Arndts Lehrb. §. 231, Thöl Handelsr. I. §. 57, Bluhme Enzyklop. Abth. II. §. 266 fg. Auch die Entscheidungen der obersten Gerichte weichen von einander ab, vgl. z. B. Strippelmann a. a. O. und Seuffert's Archiv I. 194, II. 160, III. 110, V. 116, VII. 16, VIII. 24.

b) Insbesondere von dem Einflusse

aa) des Irrthums. §. 604.

Koch II. S. 115 fgg., Unterholzner I. S. 57 fgg. — Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 4, *Kern*, de errore contrahentium. Goett. 1806, *Kritz*, de erroris facti in emt. effectibus. Lips. 1813, *de Wael*, de errore in conventionibus. Traj. ad Rh. 1821, Valett, prakt. theor. Abh. Nr. 5, Hoffmann in sein. u. Fuhr's ziv. Vers. Nr. 7, *Richelmann*, comm. de facti errore in conventionibus. Goett. 1832, umgearbeitet in dess. Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannov. 1837, v. Savigny, System Bd. III. S. 263 fgg., Herrmann in d. Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 121 fgg. S. 229 fgg. S. 439 fgg. VIII. S. 104 fgg., *Molitor* I. p. 136 sqq. — Vgl. auch Claussen in der von dems. redigirten Holstein. jurist. Zeitschr. Jahrg. 1844. Heft 1. S. 167 fgg. und Christiansen zur Lehre von der natur. oblig. und der cond. indeb. Kiel 1844. S. 39 fgg.

1) ***Pompon.*** l. 57. de O. et A. (44, 7): In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in

societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

2) *Ulp.* l. 9. de contrah. emt. (18, 1): In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam quum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emtionem. (§. 1). Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio, nihil enim facit error nominis, quum de corpore constat. (§. 2.) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Dig., emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur; (*Paul.* l. 10. eod.) aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet.

Anm. Wenn bei einem Vertrage ein Irrthum eines der Paziszenten oder Beider vorgekommen ist, so entscheidet dabei nicht ein so einfacher Grundsatz, wie dies in Betreff des Irrthums bei einem letzten Willen der Fall ist (vgl. Bd. II. §. 431. Anm. 2). Zwar wird in manchen Stellen der scheinbar allgemeine Satz ausgesprochen, daß der Irrthum den Konsens ausschließe, und der aus Irrthum hervorgegangene Wille gar kein wahrer Wille sei („errantis non est voluntas"), l. 15. de jurisd. (2, 1), l. 2. pr. de judic. (5, 1), l. 20. de aqua pluv. (39, 3), l. 116. §. 2. de R. J., l. 8. 9. C. de jur. et facti ignor. (1, 18), woraus man zu folgern geneigt sein möchte, daß jeder Vertrag nichtig sein müsse, bei welchem ein Irrthum auf die Willensbestimmung von Einfluß gewesen sei. Aber ein solcher

Grundsatz würde nicht nur aus inneren Gründen absolut verwerflich sein, indem dadurch die Sicherheit des gesammten Vertrags-Verkehrs geradezu vernichtet wäre, sondern er ist auch, wie die folgenden Ausführungen zeigen, dem römischen Rechte gänzlich fremd, und dabei machen auch die vorher angeführten Stellen keine ernstliche Schwierigkeit; sie wollen und können nicht sagen, daß jeder Irrthum den Willen ausschließe, sondern es geht aus ihnen nur hervor, daß es Fälle gibt, in denen wegen des Irrthums der zum Abschlusse des Geschäfts erforderliche Wille und resp. Konsens nicht vorhanden, und folglich das Geschäft nichtig ist (vgl. Bd. I. §. 83. Anm. S. 136 fg). Wann dies aber der Fall sei, bedarf einer speziellen Untersuchung, und es müssen daher, um den Einfluß des Irrthums auf Verträge zu bestimmen, die einzelnen Hauptrichtungen, in welchen ein solcher Irrthum vorkommen kann, genau unterschieden, und für jede besonders untersucht werden, ob der Irrthum ein den Konsens ausschließender, ein wesentlicher, also den Vertrag vernichtender, oder ein nicht wesentlicher, also einflußloser ist (s. g. error essentialis und error concomitans).

I. Wenn der Irrthum des Einen Paziszenten die Vertrag-Intention des Andern betrifft, d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten etwas Andres im Sinne hat, als der Andre, wenn also ein Mißverständniß vorgekommen ist, dann läßt sich allerdings die durchgreifende Regel aufstellen, daß der Vertrag nichtig ist, weil es hier augenscheinlich an allem wahren Konsense fehlt, vgl. T. 1. Dies kommt aber insbesondre vor

1) bei einem Irrthum über die Vertragsart selbst, d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten einen andren Vertrag im Sinn hat, l. 18. de R. C. (12, 1), l. 9. pr. de contr. emt. (T. 2), l. 3. §. 1. de O. et A. (44, 7), vgl. l. 5. pr. de neg. gest. (3, 5). Obwohl aber in solchem Falle kein rechtsgiltiger Vertrag abgeschlossen ist, so steht dies doch der Eigenthums-Uebertragung nicht im Wege, vgl. Bd. I. §. 311, Anm. 3, S. 651 fg.

2) Es kommt dies ferner vor bei einem Irrthum über die Identität des Gegenstandes (error in corpore), d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten an ein ganz andres Objekt denkt. Auch hier ist der Vertrag schlechthin nichtig, T. 1. und 2, l. 83. §. 1, l. 137. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 10. C. de donat. (8, 54), §. 23. J. de inutil. stip. (3, 19), und selbst die Tradition wird durch einen solchen Irrthum wirkungslos, so daß daraus weder unmittelbar Eigenthum, noch auch nur Usukapionsbesitz begründet wird, l. 34. pr. de adqu. poss. (41, 2), l. 2. §. 6. pro emt. (41, 4). Wird jedoch nur über die Identität einer Accession geirrt, so bleibt das Geschäft giltig bestehen, und es muß diejenige Nebensache

geleistet werden, welche der Promittent im Sinne hat, l. 34. pr. de contr. emt. (18, 1). (Ueber diese Stelle, und namentlich über die gewiß unbegründete und ganz willkürliche Konjektur von Cujac. Obss. I. 10, XVIII. 31. und comm. in libr. XXXIII. Paul. ad Edict. ad h. l. in opp. V. 505, welcher statt: quem *venditor* intellexerit lesen will: quem *emtor* intellexerit, vgl. außer den bei Schult. et Smallenb. ad h. l. voll. III. p. 412 sqq. und bei Glück IV. S. 160 fgg. Angeführten auch noch Hoffmann a. a. O. S. 100 fgg. und Richelmann a. a. O. S. 154 fgg.) — Wird nicht sowohl über das corpus, als vielmehr nur über den Namen der Sache geirrt, so ist dieser Irrthum ganz einflußlos, l. 9. §. 1. de contr. emt., l. 80. de judic. (5, 1), l. 32. de V. O. (45, 1). — Wenn übrigens Hoffmann a. a. O. S. 102. behauptet, daß im Falle eines error in corpore dann, wenn der Promittent den Irrthum des Promissarius gekannt habe, das Rechtsgeschäft aufrecht erhalten und dem Promissarius dasjenige geleistet werden müsse, was dieser im Sinne gehabt habe, weil das Schweigen des Promittenten so ausgelegt werden müsse, als habe derselbe sich der Meinung des Acceptanten akkommodirt, so ist dies sicherlich unbegründet, indem sich hier nur so viel sagen läßt, daß der Promittent wegen seines Dolus dem andren Kontrahenten allen erweislichen Schaden ersetzen muß, vgl. auch Richelmann S. 49 fgg.

3) Wenn der Vertrag nicht über eine species, sondern über ein genus abgeschlossen wird, und jeder der beiden Kontrahenten hat ein andres genus im Sinne, so steht dies begreiflich dem error in corpore völlig gleich.

4) Wenn der Gegenstand der vertragsmäßigen Leistung eine Quantität ist, und jeder der beiden Kontrahenten denkt dabei an eine andre, so muß zwischen ein- und zweiseitigen Verträgen unterschieden werden. Verträge der erstren Art bleiben immer insofern giltig, daß die geringste unter den beiden Quantitäten geleistet werden muß, denn insoweit ist ja wirklicher Konsensus vorhanden, l. 1. §. 4. de V. O. Bei zweiseitigen Verträgen dagegen — wo also das Versprechen einer Quantität sich auf eine erwartete Gegenleistung bezieht — wird der Vertrag völlig nichtig, wenn der Promittent der Quantität weniger zu geben, als der Promissar zu empfangen gedachte, während im umgekehrten Falle auch der zweiseitige Vertrag bis zum Belauf der kleineren Quantität bestehen bleibt, l. 52. locati (19, 2):

> *Pompon.* „Si decem tibi locem fundum, tu autem existimas quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi".

II. Wenn der Irrthum in Betreff des Objekts vorkommt, so kann dies wieder nach mehrfachen Richtungen der Fall sein:

1) Wenn der Irrthum die Existenz des Objekts betrifft, so ist hier zunächst so viel gewiß, daß wenn vor Abschluß des Vertrags die ganze Sache zu Grunde gegangen ist, der Vertrag stets nichtig ist, einerlei ob damit ein Irrthum vorkam oder nicht, l. 15. pr. de contr. emt.:

Paul. „Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est“,

vgl. auch l. 8. pr., l. 44 eod., l. 1. 7. de hered. v. act. vend. (18, 4), und zwar wird die ganze Sache schon immer dann als nicht mehr vorhanden angenommen, wenn das, was bei dem Vertrage als das eigentliche Vertragsobjekt erscheint, vollständig vernichtet ist, so daß also z. B. bei einem Vertrage über ein Haus oder über einen Wald der völlige Untergang dann anzunehmen ist, wenn das ganze Haus oder der ganze Wald abgebrannt sind, obgleich natürlich Grund und Boden übrig geblieben, vgl. l. 57. pr., l. 58. de contr. emt., l. 1. §. 9. de O. et A. (44, 7). Ist aber nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil derselben vor dem Vertrage zu Grunde gegangen, so versteht sich im Falle eines einseitigen Vertrags von selbst, daß stets das Uebriggebliebene von dem Promissarius in Anspruch genommen werden kann. Ist aber für die theilweise zu Grunde gegangene Sache eine Gegenleistung bedungen worden, wie z. B. in dem Falle, wenn ein Haus verkauft und dieses schon vor Abschluß des Vertrags theilweise abgebrannt ist, so enthält hierüber die l. 57. de contr. emt. conj. l. 58. eod. mehrfache Bestimmungen, bei denen es, wenigstens zum Theil, schwer sein möchte, den Vorwurf der Willkürlichkeit ganz zu beseitigen, obgleich doch sicher *A. Faber*, Conj. XII. 17. und Rational. ad h. l., und *Noodt*, de form. emend. dol. mal. c. 11. zu weit gehen, wenn sie deßhalb den größten Theil der l. 57. cit. als ein unverständiges Machwerk Tribonians brandmarken wollen, vgl. auch außer den bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 423 sqq. und bei Glück XVI. S. 21 fgg. Angeführten noch *Cujac.* ad libr. X. Quaest. Papin. ad l. 58 cit. in opp. IV. p. 245 sqq., Burchardi, Wiedereinsetzung S. 340 fgg., Hoffmann S. 120 fgg., Richelmann S. 73 fgg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. R. Bd. I. S. 162 fgg. Es werden aber in dem zitirten Gesetze folgende Fälle unterschieden:

a) Wenn keiner der beiden Paziszenten um den Hausbrand wußte, und es ist zwar nicht das ganze Haus, aber doch der größere Theil desselben abgebrannt, so kann zwar nicht — wie doch fast alle Ausleger behaupten — gesagt werden, daß der Vertrag nichtig sei,

sondern es soll vielmehr von der Bestimmung des Käufers abhängen, ob er sich an denselben gebunden halten will, oder nicht, l. 57. pr. cit.: „non compellatur emtor perficere emtionem", Richelmann S. 77 fgg. Ist aber nur die Hälfte oder weniger als die Hälfte abgebrannt, so bleibt der Vertrag giltig bestehen, und der Verkäufer muß sich nur eine verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises gefallen lassen. — Wären jedoch mehrere Sachen als zusammen gehörig verkauft worden, z. B. ein Viergespann, so wird aus nahe liegenden Gründen der ganze Vertrag nichtig, wenn auch nur eine dieser Sachen vor Abschuß desselben zu Grunde gegangen ist, einerlei, in welchem Verhältniß ihr Werth zu dem der übrig gebliebenen Sachen steht, l. 44. de contr. emt., vgl. mit l. 34. 35. 36. 38. §. 13. 14. de Aedil. Edicto (21, 2).

b) War der Brand dem Verkäufer allein bekannt, dann ist zwar der Verkauf nichtig, wenn das ganze Haus abgebrannt ist, s. oben. Ist aber auch nur ein kleiner Theil des Gebäudes erhalten, dann bleibt der Verkauf bestehen, und der Verkäufer muß wegen seines dolus dem Käufer das gesammte Interesse ersetzen, l. 57. §. 1. cit.; vgl. auch l. 34. §. 3. de contr. emt., wo es in einem ähnlichen Falle, wenn eine gestohlene Sache Gegenstand des Verkaufs war, und der Verkäufer allein um dieses vitium wußte, heißt: „utrimque obligatio contrahitur".

c) Hat nur der Käufer um den Brand gewußt, so soll er stets an den Vertrag gebunden sein, und das volle Pretium zahlen, l. 57. §. 2. cit. Natürlich wird aber auch hier vorausgesetzt, daß nicht das ganze Haus abgebrannt ist, obwohl doch Manche (z. B. Richelm. S. 83 und die dort Angeff.) a. M. sind, aber gegen die oben zitirten Gesetze, und gegen die Natur der Sache, wornach in solchem Falle der Vertrag als ein objektloser ohne alle Unterscheidung nichtig sein muß. — Der ähnliche Fall, wenn eine res furtiva Gegenstand des Kaufgeschäfts ist, und blos der Käufer dieses vitium kennt, wird übrigens in l. 34. §. 3. de contr. emt. so entschieden: „non obligabitur venditor, *nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet*", und Manche (z. B. Westphal, vom Kauf §. 56. a. E., Thibaut a. a. O. S. 137. u. A.) wollen daher auch in dem Falle der l. 57. §. 2. cit. dem Käufer die exceptio non adimpleti contractus einräumen; aber es ist dies nicht nur mit dem klaren Wortsinn dieses Gesetzes unvereinbar, sondern es ist dabei auch verkannt, daß im Falle wirklichen Untergangs die Erfüllung unmöglich, und darum auch jene Einrede unstatthaft ist, während sich dies im Falle der Furtivität anders verhält; vgl. auch Glück XVI. S. 22 fgg., Richelmann S. 84 fgg.

d) Hatten beide Theile Kenntniß von dem Brande, dann soll der gegenseitige dolus sich aufheben, und der Vertrag als nicht geschlossen angesehen werden, l. 57. §. ult. cit., vgl. auch l. 34. §. 3. de contr. emt.: „Item si et emtor et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur".

2) Wenn ein Irrthum des Promissars in Betreff der Qualitäten der Sache vorkommt (vgl. hierüber außer den oben Angeff. auch noch Renaud im civ. Arch. XXVIII. S. 247 fgg. und Kritz Rechtsfälle IV. S. 345 fgg.), so kann dadurch ein einseitiger Vertrag niemals aufgehoben werden, l. 22. de V. O. (45, 1):

> *Paul.* „Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris",

vgl. auch l. 1. §. 2. de pignorat. act. (13, 7). Handelt es sich aber um Leistung und Gegenleistung, so geht die herrschende Lehre dahin, daß zwar allerdings ein Irrthum über den Stoff (s. g. error in substantia) der Regel nach als ein wesentlicher angesehen werden müsse, während dagegen ein Irrthum über anderweite Eigenschaften (s. g. error in bonitate) regelmäßig einflußlos sei. Gewiß mit Recht ist aber jetzt diese Lehre von v. Savigny a. a. O. S. 276 fgg. bekämpft, und statt derselben das eben so sehr der Natur der Sache als den Gesetzen angemessene Prinzip aufgestellt worden, daß der Irrthum über eine Eigenschaft dann ein wesentlicher ist, „wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer andren Art von Sachen gerechnet werden muß, als wozu sie wirklich gehört", wobei von selbst einleuchtet, daß dazu eine Verschiedenheit des Stoffs weder nothwendig, noch stets hinreichend, und also die Unterscheidung zwischen error in substantia und error in bonitate zwar wohl logisch richtig, aber juristisch irrelevant ist, vgl. auch Puchta Lehrb. §. 65 und Vorles. ad h. l., Sintenis I. S. 198 fg. II. S. 299, Arndts §. 239. Wenn Renaud a. a. O. auch in solchen Fällen, die unter jenes Prinzip fallen (wie z. B. wenn Jemand ein Gefäß von Bronze kauft, welches er für ein goldnes hält), nicht den Beweis des Irrthums für genügend hält, sondern noch den weiteren Beweis verlangt, daß die Absicht des Käufers gerade auf ein goldenes Gefäß gerichtet gewesen sei, weil es einen großen Unterschied mache, ob er beabsichtigte, das bestimmte Etwas zu kaufen, und dabei nur von der irrigen Voraussetzung ausging, es sei golden, oder ob er beabsichtigte, ein goldenes Etwas zu kaufen: so ist zwar diese letztre Bemerkung gewiß richtig, aber den daraus gezogenen Konsequenzen

kann man dennoch schwerlich bestimmen. Die wahre Bedeutung des von Savigny aus den einzelnen gesetzlichen Entscheidungen abstrahirten Prinzips ist nämlich gerade die, daß dadurch die Nothwendigkeit einer solchen Beweisführung für jeden einzelnen Fall beseitigt wird, indem dadurch eine Rechtsvermuthung für das Dasein oder Nichtdasein jener Absicht aufgestellt wird; und geht man von dieser Auffassung aus, so darf man in dem vorher beispielsweise angeführten Falle nicht mit Renaud dem Käufer den Beweis auflegen, daß er beabsichtigt habe, ein goldenes Etwas zu kaufen, sondern man kann nur dem Verkäufer den (Gegen-) Beweis nachlassen, daß die Absicht des Käufers gerade auf dieses bestimmte Etwas gerichtet gewesen sei. — Zur Erläuterung und zur Bewahrheitung jenes Grundsatzes sind insbesondere folgende gesetzliche Bestimmungen in's Auge zu fassen;

a) Wenn Jemand Geräthschaften von Bronze oder sonstigem unedlem Metall kauft, während er Gold oder Silber zu kaufen glaubt, so ist der ganze Vertrag nichtig, sollte das Geräth auch etwa plattirt sein, l. 9. §. 2. de contr. emt. (T. 2), l. 41. §. 1. cod.:

> *Julian.* „Mensam argento coopertam [einen plattirten Tisch] mihi ignoranti pro solida [statt eines massiven] vendidisti imprudens, nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur".

Wenn aber das Gold oder Silber nur weniger fein — also mehr mit anderem Metall versetzt — ist, als der Käufer glaubt, so ist dieser Irrthum ohne Einfluß, l. 10 cod. (T. 2. a. E.), l. 14 cod.:

> *Ulpian.* „Utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit [d. h. nicht etwa „vergoldet", sondern vielmehr „mit Gold versetzt"], licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet".

Wie hiermit l. 45. eod.:

> *Marcian.* „Labeo libro Posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit; quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit, praestet"

zu vereinigen sei, ist sehr bestritten. Der erste Theil der Stelle hat

keine wahre Schwierigkeit, denn daß hier, obwohl ein offenbar nichtwesentlicher Irrthum vorliegt, der Verkäufer dennoch Schadenersatz leisten muß, selbst wenn er nicht in dolo versirt, erklärt sich einfach daraus, weil in dem entschiedenen Falle, wie aus dem ganzen Zusammenhange unzweifelhaft hervorgeht, ein Versprechen des Verkäufers vorlag, neue Kleider liefern zu wollen, wobei nur zu bemerken ist, daß ein solches Versprechen auch schon immer dann angenommen werden muß, wenn nur der Käufer seinen Willen, neue Kleider kaufen zu wollen, bestimmt ausgesprochen hat, sollte dann auch der Verkäufer diese Eigenschaft nicht ausdrücklich garantirt haben. — Dagegen erregen allerdings die Endworte Bedenken, theils, weil hier ein Fall, welcher nach den obigen Grundsätzen zum wesentlichen Irrthum gezählt werden muß — wenn ein messingenes Gefäß statt eines goldnen verkauft wird (über aurichalcum oder orichalcum vgl. *Averan.*, Interpr. jur. lib. I. c. 19) — auf ganz gleiche Linie mit einem Falle des unwesentlichen Irrthums gestellt wird, theils weil hier entschieden zu sein scheint, daß wirklich ein goldnes Gefäß gegeben werden müsse, während man doch nur eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze erwarten sollte. Savigny S. 295 fgg. will die letzterwähnte Schwierigkeit nach dem Vorgange von Cujacius dadurch beseitigen, daß er die Worte: ut aurum, quod vendidit, praestet nur von einer Entschädigung für das im Vertrage zugesagte Gold versteht (S. 296. Not. k.); der ersten Schwierigkeit aber will er durch die Annahme ausweichen, daß wohl Marcian oder vielmehr Labeo, dessen Meinung Marcian hier referire, eben so wie Marcellus in l. 9. §. 2. de contr. emt. einen solchen Irrthum noch nicht für einen wesentlichen gehalten habe, indem diese neuere Theorie wohl erst durch Ulpian und Paulus allgemeine Geltung erlangt habe. — Viel künstlicher ist noch die Auslegung von *Averan.*, Interpr. jur. lib. I. c. 19, welcher folgenden Fall supponirt: es hat Jemand zwei ganz gleich aussehende Gefäße, von denen eines von Messing, das andre von Gold ist, die er aber beide für golden hält; Titius kauft eines davon, und bekommt, wie sich nachher entdeckt, das messingene; hier soll nun der Verkäufer angehalten werden, das andre, wirklich goldne, an den Käufer heraus zu geben. — Richelmann S. 67 fgg. endlich will dadurch helfen, daß er hier einen Verkauf von aurum *in genere* annimmt, während weder aurum noch aurichalcum in natura vorgelegen habe, eine Meinung, welche noch sehr unterstützt werden würde, wenn man mit Haloander, aber freilich, soviel uns bekannt, gegen alle Handschriften, statt *vas* aurichalcum lesen dürfte: *quis* aurichalcum. — Da nach Savigny's Ansicht doch immer ein ziemlich grobes Versehen der Kompilatoren angenommen werden müßte, durch die Auslegungen von Averan und

Richelmann aber gar nicht erklärt wird, wie ein wesentlicher Irrthum einem unwesentlichen so ganz gleich habe gestellt werden können, so scheint mir folgende Annahme natürlicher. Die Stelle hat m. E. gar nicht den Zweck, die Wirkungen des Irrthums zu bestimmen, sondern den Juristen beschäftigt einfach die Frage, wofür der Verkäufer hafte, wenn er gewisse Eigenschaften der verkauften Sache besonders versprochen habe? In dieser Beziehung ist kein Unterschied zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum, denn mag der Vertrag nichtig sein oder nicht, so muß der Verkäufer doch stets wegen seines besondren Versprechens haften, und zwar, wenn er in bona fide ist, für den unmittelbaren, wenn er aber in mala fide versirte, auch noch für den mittelbaren Schaden. Die Worte: ut aurum, quod vendidit, praestet sind gewiß mit Cujacius und Savigny von der Prästation des Interesses zu verstehen, und unter dieser Voraussetzung ist es keineswegs nothwendig, die Rechtsbeständigkeit des Vertrags anzunehmen, da auch im Falle eines nichtigen Geschäfts eine Klage auf das Interesse rechtlich möglich ist.

b) Wie es sich verhalte, wenn der Käufer sich in der Holzart irrt, z. B. wenn er einen Tisch von gewöhnlichem Holz kauft, während er Zitronenholz zu kaufen gedenkt, ist außerordentlich bestritten. Es hängt Alles von der Lesart der l. 21. §. 2. de act. emt. vend. (19, 1) ab. Nach der Florentina lautet die Stelle so:

> *Paul.* „Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum, et si venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt“.

In den Vulgatmanuskripten wird aber statt emtionem esse gelesen: emtionem *non* esse, und die Meinungen der Rechtslehrer über den Vorzug der einen oder der andren Leseart sind sehr getheilt; vgl. die Literatur bei Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 491, und bei Richelmann S. 62 fgg.; unter den Neuern sind z. B. Hoffmann S. 118, Richelmann a. a. O. Fritz zu Wening Bd. II. S. 288. und Kritz a. a. O. S. 355. für die Lesart der Vulgatmanuskripte, während z. B. Savigny S. 287 fgg. und Unterholzner I. S. 59. Not. i. sich für die Florentina erklären. Behalten wir das *non* bei, so muß der Irrthum über die Holzart als ein wesentlicher angesehen werden, während, wenn wir *non* weglassen, derselbe blos als ein außerwesentlicher erscheint. Ich halte die letztre Ansicht für die richtigere, denn nicht nur, daß schon der Gegensatz in den Worten: „quum in corpore consentiamus, in qualitate autem dissentiamus“ uns zu dem Gedanken hintreibt, daß

in den letztren Worten nur von außerwesentlichem Irrthum die Rede ist — ganz anders, als wenn es hieße: *etsi* in corpore etc. —, und daß auch die gewöhnliche Bedeutung von *qualitas* nur eine Hinweisung auf die Güte der Sache, also auf etwas beim Irrthum Außerwesentliches enthält: so verhält es sich auch bei verschiedenen Holzarten offenbar ganz anders, als bei dem Unterschied zwischen edlen und unedlen Metallen, und nur die falsche Vorstellung von dem Einfluß des s. g. error in substantia ist der Grund, weßhalb hier so Viele a. M. sind, vgl. bes. Savigny a. a. O. (Uebrigens muß in der l. 21. §. 2. cit. nothwendig vorausgesetzt werden, daß der Verkäufer einen Tisch von Zitronenholz versprochen hat, und zwar muß dieß vorausgesetzt werden, mag man im Uebrigen der einen oder andren Meinung folgen; denn da eine Schadenersatz-Klage auch in dem Falle zugesprochen wird, wenn der Verkäufer im Irrthum, also in bona fide ist [et si venditor quoque nesciat], so würde es dafür, ohne die Voraussetzung eines besondern Versprechens, an jedem Fundamente fehlen, indem weder der wesentliche noch der außerwesentliche Irrthum für sich allein eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz hervorbringen. Zwar scheinen die Worte: „quum in corpore consentiamus, *in qualitate autem dissentiamus*“ die Annahme auszuschließen, daß hier ein Versprechen des Verkäufers vorausgesetzt werde — denn wenn der Verkäufer einen Tisch von Zitronenholz verspricht, und auch der Käufer einen solchen kaufen will und zu kaufen glaubt, so ist offenbar kein *dissensus* de qualitate vorhanden —, vgl. auch Windscheid Voraussetzung S. 117 fg.; aber doch dürfte bei genauerer Betrachtung dieser Einwand nicht entscheidend sein. Daß nämlich Paulus im Fortgang der Stelle keinen eigentlichen *dissensus* de qualitate voraussetzt, geht mit Evidenz daraus hervor, daß er hier von einem *nesciens* venditor spricht, und darnach dürfte der Gedankengang des Juristen nur folgender sein: „Wenn wir auch den Grundsatz aufgestellt haben, daß ungeachtet eines blosen dissensus de qualitate ein rechtsgültiger Kauf vorhanden ist, so darf dies doch nicht so aufgefaßt werden, daß das Nichtvorhandensein einer vom Käufer irrig angenommenen Qualität gar keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen könne; denn, wenn ich eine Sache von einer gewissen Qualität zu kaufen gedenke, und der Verkäufer mir eine solche zusagt, so muß mir derselbe dann, wenn die vorausgesetzte Qualität nicht vorhanden ist, immer für das Interesse haften, mag er dieses Nichtvorhandensein gewußt oder nicht gewußt haben“. Daß auch das: „non esse *deceptum*“ auf eine Zusage des Verkäufers dringend hindeutet, kann wohl kaum verkannt werden; und wenn man sich an das oben (S. 283) über stillschweigende Zusagen Bemerkte erinnert, so wird man auch in den Worten: „si

mensas *quasi citreas* emat“ leicht eine Hinweisung auf eine solche erkennen).

c) Wenn Jemand Essig statt Weines kauft, so ist der Vertrag nichtig, während wenn der Wein nur sauer geworden ist, der Vertrag bestehen bleibt, l. 9. §. 2. de contr. emt.

d) Wenn eine Sklavin statt eines Sklaven verkauft wird, oder umgekehrt, so ist der Vertrag nichtig, während der Verkauf zu Recht besteht, wenn der Käufer nur über die Jungfräulichkeit der Sklavin im Irrthum ist, l. 11. §. 1. de contr. emt.:

Daß allen diesen Entscheidungen unser obiger Grundsatz zu Grunde liegt, bedarf keiner näheren Ausführung, und auch die Anwendung auf nicht besonders entschiedene Fälle hat keine wesentliche Schwierigkeit. So wird z. B. wenn bei einem erkauften Gefäße der Käufer blos über die Art des unedlen Metalls irrt, kein wesentlicher Irrthum angenommen werden können, während sich dies allerdings anders verhält, wenn rohe Metalle den Gegenstand des Vertrags bilden u. dgl. m. — Wo immer übrigens der Irrthum über Eigenschaften nach den bisherigen Grundsätzen als unwesentlicher erscheint, da ist er auch, rein als solcher betrachtet, ganz einflußlos, obwohl freilich möglicher Weise aus andren konkurrirenden Gründen Reszission des Geschäfts oder Entschädigungs-Klage statt finden kann, wie z. B. wenn besondere Eigenschaften versprochen sind, oder ein Dolus vorkommt, oder das Aedilitische Edikt wegen heimlicher Mängel oder Reszission wegen enormer Läsion anwendbar sind. Wenn jetzt Windscheid Voraussetzung S. 116 fgg. in den Fällen außerwesentlichen Irrthums auch ohne solche konkurrirende Gründe lediglich „nach dem Rechte der Voraussetzung“ dem Promissar die Befugniß einräumen will, eine Kontraktsklage auf Entschädigung anzustellen: so beruht diese Ansicht, deren Mißlichkeit und Gefährlichkeit Windscheid selbst nicht verkennt (S. 118 fg.) hauptsächlich auf den Aussprüchen von Marcian und Paulus in l. 45. de contrah. emt. und l. 21. §. 2. de act. emt. vend.; aber es ist schon oben bei lit. a. und b. bemerkt worden, daß in beiden Stellen nothwendig ein Versprechen des Verkäufers vorausgesetzt werden muß, und dieselben also gewiß nicht geeignet sind, eine so bedenkliche Ansicht zu begründen. —

Wenn wir bisher nur den Fall in's Auge faßten, wenn der Promissar über Eigenschaften der Sache irrt, so ergeben sich daraus doch zugleich auch die Regeln für den Fall, wenn der Promittent im Irrthum ist. Ist nämlich der Irrthum desselben so beschaffen, daß er die wegzugebende Sache für besser hält, als sie ist, so kann dieser Irrthum begreiflich keinen Einfluß äußern, arg. l. 57. §. 2, l. 58. de contr. emt., l. 52. loc. (19, 2); im umgekehrten

Falle aber muß nach denselben Grundsätzen, die vorher ermittelt wurden, zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum unterschieden, und in den Fällen der erstren Art ebenfalls Nichtigkeit des Geschäfts angenommen werden. Wenn der Promittent **und** der Promissarius im Irrthum sind, so tritt natürlich bei zweiseitigen Geschäften im Falle eines wesentlichen Irrthums stets Nichtigkeit ein, während dies bei einseitigen Geschäften dann nicht der Fall ist, wenn die Sache für werthvoller gehalten wird, als sie wirklich ist.

3) Wenn der Irrthum die **Quantität** des Objekts betrifft, so muß unterschieden werden:

a) Wenn gerade nur ein bestimmtes Quantum einer Sache Gegenstand des Vertrags ist, und es wird irrthümlich eine Sache von geringerer oder größerer Quantität hingegeben, so kann immer der Promittent mit der condictio indebiti das zuviel Gegebene zurückfordern, und der Acceptant mit der Kontraktsklage das Fehlende nachfordern, l. 18. §. 3. de dolo malo (4, 3), l. 5. §. 1. si mensor fals. mod. dixerit (11, 6), l. 26. §. 4—6. de cond. indeb. (12, 6). Hätte der Promittent gewußt, daß er mehr, als er versprechen, geleistet habe, so fällt natürlich die condictio weg.

b) Wenn ein gewisser Gegenstand veräußert wird, dessen Quantum irrig kleiner oder größer, als es wirklich war, angegeben ist, und der Preis ist nach den einzelnen, das Ganze bildenden Theilen bestimmt worden, so muß stets eine Erhöhung und resp. Ermäßigung des Preises eintreten, l. 40. §. 2. de contr. emt.

c) Wenn ein Gegenstand als solcher, als Ganzes und nicht nach den einzelnen Theilen veräußert worden ist, und der eine oder andere Kontrahent hält denselben für größer oder kleiner, als er wirklich ist, so ist der Irrthum nicht wesentlich, und das Rechtsgeschäft bleibt bestehen, ohne Unterschied, ob es ein einseitiges oder zweiseitiges ist. Ja, man muß hier weiter gehen, und aus begreiflichen Gründen einem solchen Irrthum jeden Einfluß absprechen, so daß also namentlich bei zweiseitigen Verträgen deßhalb keine Erhöhung oder Ermäßigung der Gegenleistung verlangt werden kann. Daß wegen andrer Grundsätze, die hier zufällig Anwendbarkeit finden, wie z. B. wenn eine laesio enormis, oder wenn ein Dolus vorgekommen ist, dem Betheiligten geholfen werden kann, versteht sich von selbst, und insbesondre gehört dahin auch, wenn eine bestimmte Größe des Objekts bei Abschluß des Vertrags angegeben worden ist, ein Fall, der sich von dem bei a) angeführten wesentlich dadurch unterscheidet, daß dort gerade nur das versprochene Quantum das wahre Objekt der Obligation ist, während hier die Sache selbst Gegenstand des Vertrags ist, und die Angabe der Größe nur eine Garantie für den Promissar begründet. Hat nun in solchem Falle

der Promittent weniger gegeben, als er zugesichert, so kann der Promissar bei einseitigen Verträgen das Interesse, bei zweiseitigen eine verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung fordern, l. 69. §. 6. de evict. (21, 2), und dies findet selbst dann Statt, wenn durch Zufall, z. B. durch Accession, die übergebene Sache die zugesicherte Größe wirklich erlangt hat, es müßte denn der Promittent durchaus in bona fide gewesen sein, l. 13. §. 14. de act. emt. vend. (19, 1). Hätte der Promittent irrthümlich mehr gegeben, so findet eine Rückforderung so wenig Statt, daß z. B. der Verkäufer sogar für Eviktion einstehen muß, wenn ein Theil der verkauften Sache evinzirt wäre, und das dem Käufer Bleibende noch vollständig die zugesicherte Größe hätte, l. 45. de evict. (21, 2). Wäre ein und derselbe Vertrag über mehrere Sachen abgeschlossen, von denen die eine größer, die andre kleiner als die Zusage ist, so tritt Kompensation ein, l. 42. de act. emt. vend. (19, 1), vgl. überhaupt Hoffmann S. 102 fgg., Richelmann S. 141 fgg.

4) Wenn der Irrthum das Rechtsverhältniß der Partheien zum Objekt betrifft (s. g. error in dominio), so hat der Irrthum als solcher auf den Vertrag schlechthin keinen Einfluß, sondern derselbe ist stets als ein außerwesentlicher anzusehen. Es sind hier insbesondere folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Der Promittent glaubt über eine eigne Sache zu paziszieren, während er in der That nicht Eigenthümer derselben ist. Sofern nur der Vertrag so beschaffen ist, daß er auch in Betreff einer res aliena Statt finden kann, sofern also nicht ein Dare im strengen Sinn d. W. zu seinem Wesen gehört, bleibt derselbe ungeachtet des Irrthums in voller Rechtsgiltigkeit, vgl. z. B. l. 28, l. 34. §. 3. de contr. emt.

b) Der Promittent glaubt einen Vertrag über eine fremde Sache abzuschließen, während es wirklich seine eigne ist, z. B. ich verkaufe eine Sache, die in meinem Eigenthum ist, während ich glaube, daß sie dem X. gehöre. Einen Fall dieser Art entscheidet die vielbesprochene (vgl. die Literatur bei Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 357 sqq.), l. 49. mandati (17, 1):

Marcell. „Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione

doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem".

Also: ich besitze in gutem Glauben einen Sklaven des Titius, und gebe dem Eigenthümer, der aber von seinem Eigenthume nichts weiß, den Auftrag, denselben zu verkaufen, und dieser verkauft ihn auch wirklich; wenn er nachher das wahre Sachverhältniß erfährt, so bleibt er troß seines Irrthums an den Verkauf gebunden („obstrictum emtori"), und kann auch nicht mit Wirksamkeit vindiziren, sondern nur wegen seines Interesses die Mandatsklage gegen mich anstellen. (Der zweite in dieser Stelle behandelte, sehr oft mißverstandene Fall ist folgender: Es kauft Jemand bona fide einen Sklaven des Titius, und dieser Titius wird nachher Erbe des Käufers; von seinem Eigenthum nichts wissend, sondern den Sklaven für einen Erbschaftssklaven haltend, gibt er den Auftrag, denselben zu verkaufen; nachdem er später sein früheres Eigenthumsrecht erfahren, will er den Sklaven vindiziren, aber auch in diesem Falle wird seine Klage durch eine exceptio doli [rei venditae et traditae] entkräftet, und nur die Eviktionsklage gegen den Auktor seines Erblassers wird ihm zugestanden. Vgl. auch l. 15. §. 2. de contr. emt., und das [bei Fabrot. nicht vorkommende] Schol. 4. ad Basil. XIV. 1. 49. bei Heimb. II. p. 130. [wo aber offenbar gelesen werden muß: „τοῦτον ἐπώλησε Σεκούνδῳ Πρίμος" Statt τ. ε. Πρίμῳ Σεκοῦνδος]; s. auch Gloss. ad h. l., Mühlenbruch, Zession S. 130. Not. 262, Richelmann S. 109 fgg.). — Ueber die bestrittene Frage, ob in einem solchen Falle auch eine giltige Eigenthums-Uebertragung Statt finde s. die Erörterungen in Bd. I. §. 311. Anm. 3. S. 649 fgg.

c) Der Promissar glaubt, eine Sache des Promittenten zu empfangen, während er über seine eigne Sache paziszirt. Hier versteht sich von selbst, daß der Vertrag nichtig ist, aber nicht wegen des Irrthums, sondern weil ein Essentiale des Vertrags fehlt, denn „neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio neque locatio rei suae consistere potest", l. 45. pr. de R. J., vgl. l. 15. depos. (16, 3), l. 16. pr. de contr. emt. (18, 1), l. 9. §. 6. locati (19, 2), l. 21, l. 33. §. 5. de usuc. (41, 3).

d) Der Promissar empfängt wirklich eine Sache des Promittenten, während er glaubte, sie gehöre einem Dritten. Auch dieser Irrthum ist unwesentlich, und der Vertrag ist vollkommen rechtsgiltig, denn, wie es hier heißt, „plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimat, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur", l. 9. §. 4. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 4. §. 1. de manum. vind. (40, 2).

III. Betrifft der Irrthum die Person des andern Paziszenten, so kann dies entweder ein Irrthum über die Identität, oder nur ein Irrthum über die Eigenschaften derselben sein. Im erstren Falle muß der Regel nach Nichtigkeit des Vertrags angenommen werden, l. 32. de R. C. (12, 1) [„nullum negotium mecum contraxisti — —, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest“], l. 52. §. 21, l. 66. §. 4. de furt. (47, 2), was nur die sich von selbst verstehende Ausnahme leidet, wenn in einem konkreten Falle der Konsens durch einen solchen Irrthum gar nicht gehindert erscheint, vgl. Richelmann S. 23 fgg. (wo auch die verschiedenen Ansichten zusammengestellt sind), vgl. Savigny S. 269 fgg. — Irrthum über die Eigenschaften des andren Kontrahenten kann dagegen begreiflich nur insofern in Betracht kommen, als die putative Qualität auf die vertragsmäßige Leistung selbst einen Einfluß äußert, was namentlich bei obligationes in faciendo leicht der Fall sein kann; und darnach müssen denn bei der Frage, ob ein solcher Irrthum wesentlich sei oder nicht, ganz die Grundsätze entscheiden, welche oben für den Irrthum in Betreff der Eigenschaften des Objekts aufgestellt worden sind. Würde nämlich die vertragsmäßige Leistung wegen Mangels der irrig angenommenen Qualität eine wesentlich andre, so muß der Irrthum als ein wesentlicher angesehen werden; würde aber die Leistung nur weniger gut, so muß dem Irrthum als solchem alle Wirksamkeit abgesprochen werden, obwohl begreiflich aus andren konkurrirenden Gründen (besonderes Versprechen, Dolus u. dgl.) für den Irrenden eine Rechtshilfe möglich werden kann.

IV. Wenden wir uns schließlich noch zu dem Falle, wenn ein Irrthum in den Beweggründen vorkommt, so leuchtet von selbst ein, daß in allen bisher aufgestellten Fällen des Irrthums zugleich ein irriger Beweggrund vorhanden ist, und wir haben also hier nur den Fall noch besonders in's Auge zu fassen, wo gerade nur in den Beweggründen geirrt wird, d. h. wo der Irrthum schlechthin nicht den Inhalt der Willenserklärung, sondern nur solche Umstände betrifft, die blos auf die Entstehung des Willens von Einfluß sind. Wir haben also an Fälle zu denken, in denen sich Jemand durch einen irrig angenommenen Umstand zu einer Willenserklärung bestimmen läßt, deren Inhalt er sich vollkommen richtig vorgestellt hat; vgl. auch Christiansen a. a. O. S. 53 fgg. Hat nun schon die ganze obige Darstellung den Beweis geliefert, daß das römische Recht in nicht wenigen Fällen selbst dann den Irrthum für unwesentlich und einflußlos erklärt, wenn derselbe nicht blos als Motiv der Willenserklärung erscheint, sondern selbst den Inhalt derselben betrifft, so wird schon dies die Ueberzeugung

begründen müssen, daß ein Irrthum, welcher nur in Betreff der Beweggründe vorkommt, jedenfalls unberücksichtigt bleiben muß, und dazu kommt noch, daß eine Gesetzgebung, welche von andren Prinzipien ausgehen wollte, alle Sicherheit und Festigkeit des Vertrags-Verkehrs geradezu vernichten würde. Wirklich ist denn auch im römischen Rechte mehrfach bestimmt ausgesprochen, daß der Irrthum in den Motiven nicht zu beachten sei, vgl. z. B. l. 3. §. 7. de cond. causa data (12, 4):

> *Ulp.* „— — qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, *repetere non posse opinione falsa deceptum*",

l. 65. §. 2. de cond. indeb. (12, 6):

> *Paul.* „Id quoque, quod ob causam datur, puta, quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, *quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*",

l. 52. eod., l. 18. §. 3, l. 38. de dolo (4, 3), l. 49. mandati (17, 1), l. 34. pr. de contr. emt. (18, 1). Nur, wenn Jemand in der Meinung einer rechtlichen Verbindlichkeit ein Versprechen ablegt, kann er nicht nur die condictio indebiti auf Liberirung anstellen, sondern auch sich einer exceptio bedienen, l. 5. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), eine Ausnahme, die sich daraus erklärt, daß hier doch die causa in einem juristischen Zusammenhang mit der Willenserklärung steht, vgl. auch Christiansen a. a. O. S. 61 fgg., Sintenis II. S. 300 fgg. Anm. 37, Erxleben cond. indeb. S. 38 fgg. Daß übrigens dann, wenn durch den Dolus des Andren irrige Beweggründe erzeugt oder doch benutzt werden, Rechtsmittel ex capite doli eintreten, ist nicht allein nicht im Widerspruch mit unsrem Grundsatz, sondern dient wesentlich dazu, ihn zu bestätigen. Diese richtige Ansicht ist denn auch h. z. T. fast allgemein angenommen, und unter den neueren Juristen hat insbesondre nur Valett die entgegengesetzte Meinung in Schutz genommen, aber aus sehr schwachen Gründen. Er beruft sich nämlich theils auf die Analogie der Grundsätze über den Irrthum bei Testamenten, was augenscheinlich unpassend ist, da bei Testamenten der Natur der Sache nach ganz andre Grundsätze gelten müssen, als bei Verträgen, theils auf einige nichts beweisende Stellen, wie namentlich auf l. 9. pr. und l. 58. de contr. emt. (18, 1). In der ersten Stelle ist nur gesagt, was auch Niemand bezweifelt, daß nicht blos Irrthum über das Geschäft und über das Pretium, sondern auch noch anderweiter Irrthum wesentlich sei — wo dann Valett ganz willkührlich den Irrthum über Beweggründe subintelligirt —, und in der zweiten Stelle ist von einem Irrthum über die

Existenz der Sache die Rede (s. oben II. 1. S. 279). Vgl. auch Thibaut a. a. O. S. 114 fgg., Richelmann S. 36 fgg., Fritz S. 296 fgg., Savigny S. 112 fgg. S. 354 fgg.

---

bb) Des Betrugs und Zwangs. §. 605.

Die Quellen s. oben bei 82. 84 und §. 185. — *Noodt*, de forma emendandi doli mali, in opp. I. p. 350 sqq., *Nettelbladt*, de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu. Hal. 1744. (auch in Ejusd. Exerc. acad. Nr. 3.), Braun, vom Betrug in Verträgen, in den Erlang. gel. Anz. Jahrg. 1752. Nr. V., Gmelin, von den Folgen des Betrugs bei Verträgen, in den gemeinnützigen jur. Beobacht. und Rechtsfällen. Bd. II. Nr. 13, Glück IV. S. 108 fgg., *Neustetel*, bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818, Valett, theor. prakt. Abh. Nr. 2, Burchardi, Wiedereins. in den vorigen Stand S. 323 fgg., Koch II. S. 102 fgg., Unterholzner I. S. 79 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift V. S. 205 fgg., *Molitor* I. p. 149 sqq. — *Gundling*, de efficientia metus tum in promissionib. liberar. gentium, tum etiam hominum privatorum. Hal. 1711. (auch in Exerc. acad. tom. II. nr. 2.), *Rudolph*, de effectu metus in pactis et contractibus. Erl. 1760, Breuning in Siebenkees jurist. Mag. II. 7, Glück IV. S. 167 fgg., V. S. 468 fgg., Werner, die Rechtslehre von der Verbindlichkeit des erzwungenen Willens. Frankfurt 1817, Burchardi a. a. O. S. 351 fgg., Koch II. S. 87 fgg., Unterholzner a. a. O., Roßhirt a. a. O., Kritz Rechtsf. V. 1, *Molitor* I. p. 158 sqq.

Anm. 1. Was zunächst den Einfluß des Betrugs auf Verträge anbelangt, so versteht es sich ganz von selbst, daß, wenn der Irrthum, welcher durch den Betrüger hervorgerufen oder benutzt worden ist, nach den im vorigen §en dargestellten Grundsätzen über Irrthum, als ein wesentlicher erscheint, der Vertrag stets nichtig ist, und die dagegen bisweilen erhobenen Einwendungen (vgl. z. B. Burchardi a. a. O. S. 338) müssen als völlig unerheblich angesehen werden, da ja im Falle eines wesentlichen Irrthums entweder wirklich ein

consensus gar nicht vorhanden ist, oder doch von den Gesetzen als nicht vorhanden angenommen wird, und ohne consensus kein Vertrag bestehen kann; und von selbst geht daraus auch weiter hervor, daß in solchen Fällen ganz gleichgiltig sein muß, ob der Betrug von einem Kontrahenten selbst, oder von einem Dritten ausgegangen ist. Soll also von einem besondren Einflusse des Dolus gesprochen werden, so kann nur an solche Fälle gedacht werden, in welchen der Irrthum, den der Betrüger böslich erzeugt oder benutzt hat, an und für sich nur als außerwesentlicher angesehen werden könnte, und hiervon allein wird also in dem Folgenden die Rede sein.

I. Wenn ein Betrug bei einem contractus *stricti juris* vorkommt, so ist es für diesen Fall ganz unzweifelhaft, daß weder der Vertrag nichtig ist, noch auch die Kontraktsklage deßhalb angestellt werden kann, sondern der Betrogene kann sich hier nur mittelst der actio oder exceptio doli helfen, s. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. Nur, wenn dem Kontrakte die clausula doli zugefügt war, konnte natürlich die actio ex stipulatu gebraucht werden, l. 7. §. 3. de dol. mal. (4, 3), l. 31. de rec. arb. (4, 8), l. 4. §. 16. de doli exc. (44, 4), l. 19. rem ratam (46, 8), *Kaemmerer* de clausula doli mali in contractibus. Heidelb. 1808. p. 88 sqq.

II. Macht sich dagegen ein Kontrahent bei Eingehung eines contractus *bonae fidei* eines Betrugs schuldig, so soll nach der früher herrschenden Lehre zwischen einem dolus *causam dans* und einem dolus *incidens* unterschieden, und im erstren Falle Nichtigkeit des Vertrags, im andren aber Anspruch auf Entschädigung Statt finden, vgl. Glück IV. S. 113 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Valett a. a. O., Thibaut, Syst. §. 452. u. A. m. Doch wurde auch häufig jener Unterschied verworfen, und allgemein Nichtigkeit des Vertrags angenommen, eine Meinung, die besonders von *Noodt* cit. vertheidigt, und dann von vielen Späteren adoptirt wurde, vgl. z. B. die bei Glück IV. S. 115. Not. 8. Zitirten. Gewiß mit Recht erklären sich aber die meisten Neueren, besonders nach dem Vorgange von *Neustetel* cit. gegen diese Ansichten, indem sie vielmehr von dem Grundsatze ausgehen, daß auch ein contractus bonae fidei durch einen dabei vorkommenden Dolus niemals vernichtet wird, sondern dem Betrogenen stets nur dem Betrüger gegenüber ein Anspruch auf Schadloshaltung zusteht, ein Anspruch, welcher durch die Kontraktsklage geltend gemacht wird, vgl. z. B. außer *Neustetel* cit. auch noch Burchardi a. a. O., Koch a. a. O., Wening, Lehrb. §. 228, Mühlenbruch, Lehrb. §. 337, Göschen, Vorles. §. 85, Puchta, Pand. §. 57, Sintenis I. S. 193 fg. II. S. 294 fg., Arndts §. 237, *Molitor* I. p. 151 sqq. u. A. m. Was der Betrogene vermittelst dieser Klage erlange, muß

natürlich nach Verschiedenheit der Fälle verschieden bestimmt werden; würde er ohne den Betrug das Geschäft gar nicht abgeschlossen haben, ist dasselbe also nach dem wahren Sachverhalt gänzlich ohne Interesse für ihn, so ist es konsequent, daß durch die Kontraktsklage die Reszission des Vertrags herbeigeführt wird, vgl. z. B. l. 11. §. 5. de act. emt. vend. (19, 1):

> *Ulp.* „Si quis virginem se emere putasset, quum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, *verum tamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur*“;

betrifft aber der Betrug nur die Modalitäten des Geschäfts, so kann nur Entschädigung verlangt werden, vgl. z. B. l. 13. §. 4 cod.:

> *Ulp.* „Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, *emti eum judicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset,* si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus“;

und in diesem Sinne und mit diesen Wirkungen muß gewiß der Natur der Sache und den Gesetzen nach zwischen einem s. g. dolus causam dans und dolus incidens unterschieden werden, vgl. auch l. 12. §. 1. de jure dot. (23, 3). Daß aber wirklich sowohl im Falle eines dolus causam dans, als eines dolus incidens der Vertrag an und für sich zu Recht besteht, dafür spricht schon die allgemeine Betrachtung, daß doch in der That ungeachtet des auf den Willen einwirkenden Dolus, ein wirklicher Wille, also ein vertragsmäßiger consensus vorhanden ist, v. Savigny, Syst. III. S. 112 fgg., und daß diese Ansicht auch allein den Gesetzen angemessen ist, geht aus den zahlreichen Aussprüchen hervor, wornach wegen eines Dolus eine Kontraktsklage angestellt wird, und zwar nicht etwa blos auf Entschädigung (vgl. z. B. l. 9. de dol. malo (4, 3), l. 43. §. 2, l. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18, 1), l. 4. pr., l. 6. §. 9, l. 13. §. 4. 5, l. 30. §. 1. de act. emt. vend.), sondern auch auf Umstoßung des ganzen Geschäfts, l. 11. §. 5. de act. emt. vend., l. 5. 8. 10. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distr. pign. (8, 28), vgl. l. 1. §. 9, l. 4. §. 4. de aed. edicto (21, 1), l. 23. loc. cond. (19, 2). Von dem Letztren kann nämlich offenbar nur in den Fällen des s. g. dolus causam dans die Rede sein, also gerade in den Fällen, in welchen nach der gegnerischen Theorie Nichtigkeit des Vertrags angenommen werden müßte; daß aber aus einem nichtigen Vertrage eine Kontraktsklage auf Reszission angestellt werden könne, ist zwar oft behauptet worden, aber offenbar ohne allen Grund, vgl. dagegen bes. *Neustetel* cit. p. 7 sqq., Valett a. a. O. S. 109 fgg.,

Burchardi a. a. O. S. 327 fgg. — Noch sind hier mehrere Punkte im Einzelnen hervorzuheben:

1) Die Vertheidiger der Nullität berufen sich vorzugsweise auf die bekannte Regel des römischen Rechts: exceptio doli inest judiciis bonae fidei, oder: officio judicis continetur in judiciis bonae fidei et dolum spectare, d. h. bei judicia bonae fidei braucht man nicht schon bei dem magistratus sich auf den dolus zu berufen, um eine exceptio doli in die formula inserirt zu erhalten, sondern es genügt, wenn man nur nachher bei dem judex den dolus des Klägers beweis't. In dieser Regel glaubt man aber insofern eine Stütze für die hier bekämpfte Theorie zu finden, weil man dieselbe nicht anders, als aus der angeblichen Nullität des betrüglich abgeschlossenen negotium bonae fidei erklären zu können glaubt. Daß aber diese Erklärung völlig unhaltbar ist, geht schon einfach daraus hervor, daß jene Regel nicht etwa nur bei der s. g. exceptio doli specialis, sondern vielmehr bei der exc. doli *generalis* eintritt, und man also konsequent den Satz aufstellen müßte „in allen Fällen, in denen es bei einem negotium stricti juris einer Einrede bedarf, wird das negotium bonae fidei ipso jure annullirt," ein Satz, der gewiß keiner besondren Widerlegung bedürftig ist. Der wahre Grund jener Regel, welchen man h. z. T. wohl auch nicht mehr verkennt, liegt vielmehr darin, weil bei einem judicium bonae fidei die Instruktion für den judex viel freier konzipirt wurde, als bei einem judicium stricti juris, und er deßhalb auch solche Umstände berücksichtigen konnte und mußte, die nicht speziell in der formula aufgeführt waren.

2) Gegen die Nullität spricht auch, daß eine aus arglistig abgeschlossenem contractus bonae fidei entstandene Forderung wirksam novirt werden kann, l. 19. de novat. (46, 2), Cic. de off. III. 14., Cons. vet. JCti IX. 9., so wie auch dagegen noch angeführt werden kann, daß doch unzweifelhaft, wie auch von den Gegnern eingeräumt wird, der Betrüger selbst an den Kontrakt gebunden ist, wenn ihn der Betrogene bestehen lassen will, vgl. auch l. 13. §. 27. 28. de act. emt. vend. (19, 1), l. 30. C. de transact. (2, 4), was mit eigentlicher Nullität nicht wohl verträglich erscheint.

3) Wir haben die bestimmte Vorschrift, daß wenn Jemand betrüglich eine Sache erkauft hat, er das Eigenthum daran erwirbt, und wenn er sie weiter an einen Andern veräußert, dem Verkäufer gegen diesen Dritten keine vindicatio zusteht, l. 10. C. de resc. vend.

> *Dioclet.* et *Maximian.* „Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium

transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit;"

vgl. hierüber Glück IV. S. 137 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Schöman, Hdb. II. S. 97 fgg., Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen d. Spruchcoll. d. Univ. Heidelb. Bd. I. S. 301 fgg., *Neustetel* cit. p. 27 sqq., Gesterding, Irrthümer S. 55 fgg., *Friderici*, de vindicatione rei dolo substractae adv. tertium b. f. possessorem. Lips. 1819, *Uhlig*, quando dolus in contractibus obveniens transitum dominii impediat? Lips. 1821. Jene Stelle mit den meisten Vertheidigern des Nullitäts-Systems blos von einem dolus *incidens* zu verstehen, oder dabei zu supponiren, daß zu dem Verkauf noch eine Stipulation, also ein contractus stricti juris hinzugetreten sei, vgl. Glück a. a. O. und die dort Not. 69 u. 71 Angeff., *Friderici* und *Uhlig* citt., ist augenscheinlich unzulässig, und eben so wenig kann man der Argumentation derjenigen beitreten, die zwar Nichtigkeit des Vertrags, aber Giltigkeit der Eigenthums-Uebertragung annehmen, weil hier ja doch animus dominii transferendi und acquirendi vorhanden sei, vgl. die bei Glück Not. 60. Angeff., und dazu noch bes. Martin und Gesterding citt.; denn dafür, daß die Tradition auch dann Eigenthum übertrage, wenn sie in Folge eines nichtigen Geschäfts geschieht, dessen Nichtigkeit dem Empfänger bekannt ist, gibt es keine gesetzlichen Belege, vgl. vielmehr l. 5. §. 18., l. 36., l. 48. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. (5, 71), arg. l. 39. §. 1., l. 40. de R. V. (6, 1). Die ganze Schwierigkeit hebt sich einfach dadurch, daß nach der richtigeren Ansicht der Vertrag ungeachtet des dolus vollkommen rechtsbeständig ist, und nur entsprechende Rechtsmittel wegen des Interesse gegen den Betrüger zuständig sind.

4) Die Gesetze, welche die Vertheidiger der Nullität für sich anführen, sind zum Theil nicht ohne Schein. Vor allen Dingen stützt sich nämlich diese Theorie auf die viel besprochene l. 7. pr. de dol. mal. (4, 3):

Ulp. „Et eleganter Pomponius haec verba: ***si alia actio non sit***, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro IV. scribit, si minor annis XXV. consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.

Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem, nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere;"

vgl. die vielen bei Glück IV. S. 115 fgg. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. I. p. 511 sqq. Angeff., und dazu *Neustetel* cit. p. 37 sqq., Valett a. a. O. S. 69 fgg., Burchardi a. a. O. S. 343 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 349 fgg. Die zahlreichen, oft recht wunderlichen, Emendations- und Interpretations-Versuche näher anzuführen, ist hier der Ort nicht, und ich muß mich darauf beschränken, meine eigene Ansicht anzudeuten. Bei Julian fand sich die Entscheidung, daß, wenn ein Minderjähriger, durch seinen Sklaven verlockt, denselben sammt seinem Pekulium verkauft habe, und derselbe von dem Käufer manumittirt worden sei, die actio doli gegen den Freigelassenen statthaft sei; und Ulpian untersucht nun in der vorliegenden Stelle, ob diese Entscheidung mit der Subsidiarität der actio doli im Einklang stehe. Man müsse, so lautet sein Urtheil, bei Julian nur supponiren, daß nicht der Käufer auch in dolo versire, indem sonst die actio venditi gegen ihn statthaft, und also die actio doli gegen den Freigelassenen ausgeschlossen sei, oder daß der Verkauf nichtig sei, *si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.* Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß diese Worte so obenhin betrachtet, eine äußerst scheinbare Stütze für die Theorie bilden, daß ein dolus causam dans den Vertrag vernichte; aber dieser Schein verschwindet bei genauerer Betrachtung vollständig. Es muß nämlich bei jenen Worten nothwendig vorausgesetzt werden, daß der Betrug schlechthin nicht von dem Käufer, sondern ausschließlich von dem verkauften Sklaven ausgegangen ist; denn wenn der Käufer selbst an dem Betruge Theil genommen hätte, und der Verkauf deßhalb nichtig wäre, so wäre auch die Eigenthums-Uebertragung (s. die vorhergehende Bemerkung bei Nr. 3.), und folgeweise auch die Manumission von Seiten des Scheinkäufers nichtig, und von einer actio doli gegen den Manumissus könnte also keine Rede sein; und selbst wenn man in solchem Falle eine Eigenthums-Uebertragung und Giltigkeit der Freilassung annehmen dürfe, so wäre doch jedenfalls eine *condictio* gegen den betrügerischen Käufer zuläßig, und also doch die actio doli gegen den Freigelassenen ausgeschlossen. Allerdings hat sich Ulpian nicht scharf genug ausgedrückt, indem er den Gegensatz zu stellen scheint: „carere dolo emtorem — —, *aut* venditionem nullam esse" und so den Gedanken provozirt, daß in dem letztren Falle der Käufer an dem Dolus des Sklaven partizipire; aber man darf sich durch diesen Schein nicht täuschen lassen, sondern in beiden Fällen wird vorausgesetzt: carere dolo emtorem, und

der wahre, wenn auch von Ulpian nicht bestimmt genug hervorgehobene Gegensatz ist vielmehr der: „mag nun der Verkauf selbst giltig, aber wegen des mangelnden dolus des Käufers die actio venditi ausgeschlossen sein, oder mag der Verkauf nichtig sein, si in hoc ipso etc.“ Muß man nun aber zugeben, daß bei den Worten: nullam esse venditionem, nothwendig ein ausschließlicher Betrug des Sklaven, also keines dritten Nichtpaziszenten vorausgesetzt werde, so hat die Stelle alle Bedeutung für die Vertheidiger des Nullitäts-Systems verloren, denn dieses geht schlechthin nur darauf, daß der dolus causam dans eines Kontrahenten den Vertrag vernichte, und Alle nehmen einstimmig — und offenbar mit größtem Rechte, s. auch unten Nr. 6. — an, daß der Dolus eines Nichtpaziszenten an und für sich niemals den Vertrag vernichten könne. So kann denn auch in unsrem Falle die Nichtigkeit des Vertrags unmöglich wegen eines s. g. dolus causam dans angenommen werden, sondern offenbar nur deßwegen, weil der Verkäufer durch den Betrug des Sklaven in einen wesentlichen Irrthum versetzt, und dadurch zu dem Verkaufe induzirt war. Der Gedanke Ulpian's würde hiernach einfach der sein: Julian hat bei seiner Entscheidung ganz Recht, wenn wir nur supponiren, daß die actio venditi wegen nicht vorhandenen dolus des Käufers ausgeschlossen ist, oder von dieser Klage wegen Nichtigkeit des Vertrags keine Rede sein kann, wenn nämlich der Sklave durch Erzeugung wesentlichen Irrthums seinen Herrn zur Eingehung desselben bestimmte. In keinem Falle kann also die Theorie, daß der dolus causam dans, dessen sich ein Kontrahent gegen den Andren schuldig mache, den Vertrag vernichte, aus dieser Stelle einen Beweisgrund entnehmen. — Außer l. 7. pr. de dolo malo führen die Vertheidiger des Nullitäts-Systems auch noch für sich an l. 16. §. 1. de minor. (4, 4):

> *Ulp.* „Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, *nullam esse societatem nec inter majores quidem*, et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit, satis enim ipso jure munitus est,“

und l. 3. §. 3. pro socio (17, 2):

> *Paul.* „Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.“

Aus diesen Stellen läßt sich aber höchstens für die Sozietät die Nichtigkeit wegen dolus ableiten, und eine solche Ausnahme würde in dem besondren Charakter dieses Vertrags, der ja auch manche andre Eigenheiten hat, seine genügende Erklärung finden, vgl. *Neustetel* cit. p. 50 sqq., aber selbst diese Annahme ist nicht

nothwendig, indem jene Stellen auch recht gut so ausgelegt werden können, daß darin nur eine zivilrechtliche Unwirksamkeit der betrüglich abgeschlossenen Sozietät ausgesprochen, und damit erklärt werden soll, daß es keiner prätorischen Hülfe, namentlich keiner in integrum restitutio bedürfe, vgl. auch Burchardi a. a. O. S. 335 fgg. — Wenn sich endlich die Vertheidiger der Nullität auch noch auf l. 1. und l. 5. C. de resc. vend. (4, 44), zu berufen pflegen, so ist dies, was die erste Stelle anbelangt, nur dann möglich, wenn man ausschließlich die aus dem Zusammenhange herausgerissenen Worte: „*malae fidei enim emtio irrita est*" in's Auge faßt, denn in ihrem vollen Zusammenhange sagt die Stelle vielmehr, daß ein erzwungenes Kaufgeschäft reszindirt werden könne. Was aber die l. 5. cit. anbelangt, so spricht sie ebenfalls so deutlich, wie möglich, von einer Reszission („praeses — — rescindi venditionem jubebit"), und ist also vielmehr eine nicht unwichtige Belegstelle für die richtigere Theorie

5) Haben beide Kontrahenten sich gegen einander eines Dolus schuldig gemacht, so tritt gleichsam eine Kompensation des dolus ein, l. 3. §. 3. de eo per quem factum erit (2, 10), l. 57. §. 3. de contr. emt (18, 1), und keiner von Beiden kann wirksam gegen den Andern klagen, l. 36. de dolo malo (4, 3), indem der exceptio doli keine replicatio doli entgegengesetzt werden kann, l. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. (44, 4), l. 154. de R. J. Ist also der Vertrag noch nicht erfüllt, so kann kein Paziszent gegen den andren auf Erfüllung klagen, l. 34. §. 3., l. 57. §. 3. de contr. emt. (18, 1), während im umgekehrten Falle Keiner von dem Andren Entschädigung ex capite doli in Anspruch nehmen kann, l. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. l. 154. de R. J.

6) Geht der Betrug nicht von dem Kontrahenten, sondern von einem Dritten aus, so muß unterschieden werden, ob der Irrthum, welchen der Betrüger erregt hat, ein wesentlicher ist oder nicht. Im erstren Falle ist begreiflich der Vertrag ex capite erroris nichtig, und wenn dadurch allein der Schaden des Betrogenen nicht aufgehoben wird, so findet auch noch die actio doli gegen den Betrüger Statt, l. 7. pr. de dol. mal. (4, 3). Im zweiten Falle bleibt der Kontrakt stets giltig, und der Betrogene kann nur die actio doli gegen den Betrüger anstellen, l. 8. de dol. mal. (4, 3), l. 2. de proxenet. (50, 14), wenn nicht ausnahmsweise die Umstände so sind, daß der Schaden durch eine Kontraktsklage gegen den andren Kontrahenten gehoben wird, l. 18. §. 3. de dol. mal. (4, 3), l. 3. §. 2. 3. si mensor. fals. mod. dix. (11, 6). Daß auch ohnedies dann, wenn der Betrüger insolvend sei, der Betrogene auf in integrum restitutio gegen den andren Kontrahenten Anspruch habe, wie z. B.

Glück IV. S. 135 fg. und die dort in Not. 58. Angeführten behaupten, ist völlig grundlos, und wo möglich noch willkürlicher ist die Behauptung von *Leyser*, Sp. 59. med. 4. und Sp. 296. med. 9., daß sogar der Kontrakt nichtig sei, wenn der Betrug des Dritten die Veranlassung dazu gegeben, und dem Betrogenen dabei keine Schuld beigemessen werden könne.

Anm. 2. Dieselben Irrthümer, die in der vorigen Anm. in Betreff des Dolus bekämpft werden mußten, kehren auch in Betreff des Metus wieder, und namentlich ist es eine sehr verbreitete Ansicht, daß der s. g. metus causam dans einen contractus bonae fidei nichtig mache, vgl. z. B. die vielen bei Glück IV. S. 177. Not. 60. Angeführten, Thibaut, Syst. §. 455. u. A. m. Es ist dies aber gewiß irrig, und auch im Falle eines Metus müssen wir vielmehr von dem Grundsatze ausgehen, daß der unrechtmäßig erzwungene contractus bonae fidei eben so wie ein erzwungener contractus stricti juris an und für sich zu Recht besteht, und nur durch entsprechende Rechtsmittel (Kontraktsklage. actio quod metus causa, exceptio metus, in integrum restitutio propter metum) aller Nachtheil von dem Gezwungenen entfernt wird, vgl. auch die bei Glück a. a. O. Genannten, und unter den Neueren z. B. Vatz, Abhandl. S. 214 fgg., Burchardi a. a. O. S. 351 fgg., Wening §. 227., Mühlenbruch §. 336., Göschen §. 84., Puchta §. 56., Koch a. a. O. Sintenis I. S. 190 fgg. II. S. 293 fg., Arndts §. 237, *Molitor* a. a. O. u. A. m. Doch kommt allerdings der wesentliche Unterschied zwischen dolus und metus vor, daß die Rechtsmittel wegen Dolus stets nur gegen den Betrüger selbst und dessen Successoren, die Rechtsmittel wegen Metus aber auch gegen Dritte in Anwendung gebracht werden können, daß also der Dolus nur *in personam*, der Metus aber *in rem* wirkt, l. 9. §. 1. 8., l. 10. pr. quod met. causa (4, 2). Daß aber wirklich der Metus keine Nichtigkeit des Geschäfts begründet, geht schon daraus hervor, daß die Römer entschieden von dem Gedanken ausgehen, daß der s. g. kompulsive Zwang die Freiheit des Willens zwar wohl beschränke, aber keineswegs aufhebe, daß also trotz desselben doch immer ein wahrer Wille, und also auch ein wirklicher Kontrakt vorhanden sei, l. 21. §. 5. quod met. causa (4, 2):

Paul. „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, *tamen coactus volui;* sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur,“

l. 22. de R. N. (23, 2):

Cels. „Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret,

si sui arbitrii esset, *contraxit tamen matrimonium*, quod inter invitos non contrahitur, *maluisse hoc videtur*,"

vgl. v. Savigny III. S. 101 fgg., und ganz in Uebereinstimmung hiermit wird von Paulus in l. 21. §. 4. quod met. causa (4, 2), sehr bestimmt ausgesprochen, ein erzwungener s. g. mutuus dissensus sei keineswegs nichtig, sondern hebe wirklich die Obligation auf, weßhalb man sich der actio quod metus causa bedienen müsse. Endlich wird auch in zahlreichen Konstitutionen darauf hingewiesen, daß im Falle eines erzwungenen contractus bonae fidei bei dem Richter auf Reszission des Geschäfts angetragen werden müsse, und in mehreren derselben werden ausdrücklich als die zu diesem Zwecke zu gebrauchenden Rechtsmittel die Kontraktsklagen, die actio quod metus causa und die in integrum restitutio angeführt, Rechtsmittel, von denen begreiflich keine Rede sein könnte, wenn wirklich der Vertrag durch den dabei vorkommenden Zwang vernichtet wäre, vgl. l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 3. 4. 5. 7. 8. 11. 12. C. de his quae vi (2, 20), l. 1. 8. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distract. pign. (8, 28). Gegen diese bestimmten Zeugnisse können die Gesetze, auf welche sich die Gegner zu stützen pflegen, in keinen ernstlichen Betracht kommen. Was die l. 116. pr. de R. J.

Ulp. „Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei negotia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est"

anbelangt, so ist der vage Ausspruch dieser Stelle offenbar nicht geeignet, die Nichtigkeit des erzwungenen Geschäfts zu beweisen, sondern es geht daraus nur die Wirkungslosigkeit desselben hervor. Bestimmter drückt sich freilich die l. 21. §. 3. quod met. causa aus:

Paul. „Si dos metu promissa sit, *non puto nasci obligationem*, quia est verissimum, *nec talem promissionem dotis ullam esse*;"

da aber die dotis promissio zur Zeit des Paulus immer einen contractus *stricti juris* voraussetzte, und bei solchen Verträgen, wie von Allen anerkannt wird, keine Nichtigkeit wegen metus begründet ist, so können sich die Gegner auf diese Stelle nicht berufen, da sie mit keiner der beiden Theorieen übereinzustimmen scheint; man muß entweder bei der dotis promissio eine singuläre Ausnahme statuiren, für welche sich freilich schwerlich ein genügender Grund auffinden lassen dürfte, oder man muß, ungeachtet der anscheinend auf Nullität hinweisenden Worte, doch eine blose Reszissibilität annehmen, und diese letztre Meinung erhält eine wesentliche Stütze aus dem Zusammenhang des §. 3. cit. mit den vorhergehenden und folgenden §§en der l. 21. Wenn sich die Gegner auch noch auf l. 6. §. 7.

de acqu. hered. (29, 2) berufen, so wird hier offenbar vorausgesetzt, daß die Erbschafts-Antretung wegen des angewendeten Zwangs nur simulirt wurde („*fallens* adierit hereditatem“), und deßhalb nichtig war, vgl. auch l. 84. eod., und l. 21. §. 5. quod. met. causa (4, 2) und oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 365. bei Nr. 3. Endlich läßt sich auch aus einigen, in der Consultatio vet. ICti erhaltenen Konstitutionen nichts für die angebliche Nichtigkeit eines erzwungenen Vertrags ableiten, denn in tit. IX. lex 3. wird nur überhaupt die Kraftlosigkeit erzwungener Verträge ausgesprochen — was noch keineswegs auf die Nichtigkeit hinweis't —; in tit. 1. lex. 1. ist nur davon die Rede, daß man nicht erst bei dem Kaiser Restitution zu suchen brauche, und in tit. I. lex 2. wird von unerlaubten Verträgen gesprochen, welche Jemand gezwungen abschließt. — Eine für unser heutiges Recht freilich unpraktische Ausnahme von dem bisher dargestellten Prinzip kam jedoch bei den Römern bei unfeierlicher Freilassung vor, was sich von selbst aus dem ursprünglichen Wesen des: voluntate domini in libertate morari', und den darauf sich gründenden Bestimmungen der lex Junia Norbana erklärt, vgl. fragm. Dosith. §. 9., l. 9. pr. l. 17. pr. qui et a quib. manum. (40, 9), und man muß daher gewiß die gekünstelte Erklärung der beiden Pandekten-Stellen verwerfen, welche Savigny im Syst. III. S. 103. Not. vorschlägt.

Wenn der Zwang nicht von dem Kontrahenten selbst, sondern von einem Dritten ausgeht, so hängt Alles davon ab, ob der Zwang zu dem Zwecke zugefügt wurde, um die Abschließung des Vertrags herbeizuführen, oder ob der Vertrag die nicht beabsichtigte Folge des Zwangs war. Während nämlich im letztren Falle der Metus schlechthin gar keinen Einfluß auf den Kontrakt äußern kann, l. 9. §. 1. fin. quod met. causa (4, 2), muß umgekehrt im erstren Falle gesagt werden, daß der Zwang des Dritten ganz eben so auf den Vertrag wirkt, wie wenn er von dem Kontrahenten selbst zugefügt worden wäre, eben weil ja der metus nicht in personam, sondern in rem wirkt, vgl. l. 14. §. 3. quod met. causa (4, 2), l. 4. §. 33. de doli mali et met. exc. (44, 4), l. 3. 5. C. de his quae vi metusve causa (2, 20). Wenn Manche wegen l. 5. C. cit. doch noch einen Unterschied statuiren wollen, ob der Kontrahent von der Handlung des Dritten Kenntniß gehabt habe, oder nicht, vgl. z. B. Glück IV. S. 180., so läßt sich dies mit den in den übrigen zitirten Gesetzen ausgesprochenen Grundsätzen nicht wohl vereinigen, und man muß daher gewiß die Worte: *sciente emtore* als blos enunziative ansehen, durch welche ein zufälliges Merkmal des konkreten Falls angedeutet werden soll, und eine äußere Bestätigung

erhält diese Meinung noch dadurch, daß diese Worte in den Basiliken fehlen, vgl. Basil. X. 2. 28.

D) Rücksichtlich der äußern Form. §. 606.

3) Wirkungen der Verträge.

A) Unmittelbare Wirkungen.

a) Für die Paziszenten selbst. §. 607.

Anm. I. Bei zweiseitigen Konsensual-Verträgen kann es durch Nebenvertrag oder durch Gesetz besonders bestimmt sein, daß der eine Kontrahent vor dem Andern leisten muß, und dies ist z. B. bei der Miethe der Fall, l. 24. §. 2. locati (19, 2), aber nicht auch bei dem Kaufgeschäft, wie Schenk im ziv. Arch. XVII. S. 112 fgg. und XX. S. 472 fgg. ohne allen haltbaren Grund behauptet, vgl. dagegen besonders Heerwart ebendas. XVIII. S. 389 fgg. und XXIII. S. 252 fgg. Ist aber keine derartige besondere Bestimmung vorhanden, dann gilt die einfache Regel, daß Jeder der beiden Kontrahenten sogleich nach abgeschlossenem Vertrage zur Leistung angehalten werden kann, daß also für einen Jeden die Forderung sogleich begründet und fällig, und demnach auch die Klage durch die blose Perfektion des Kontrakts vollständig fundirt ist, ohne daß dazu die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers nöthig wäre, pr. J. de oblig. ex cons. (3, 22), l. 1. §. 2. de rer. permut. (19, 4). Da es aber doch jedenfalls unbillig wäre, den einen Kontrahenten zur Leistung zu verurtheilen, während der Andere noch mit seiner kontraktmäßigen Leistung im Rückstande ist, so wird dem Verklagten deßhalb eine *exceptio doli* eingeräumt (die h. z. T. s. g. *exc. nondum adimpleti contractus*), deren einfaches Wesen darin besteht, daß dem Verklagten aus demselben Vertrage eine Gegenforderung zustehe, bis zu deren Befriedigung er seine schuldige Leistung noch zurückbehalte, l. 25. de act. emt. vend. (19, 1):

Julian. „Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est*",

Gai. lib. IV. §. 126:

„Si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, per-

sequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita esset, quae est justa exceptio", l. 5. §. 4. de dol. et met. exc. (44, 4):

Paul. „Etiam *mercis non traditae exceptione* summovetur", l. 5. C. de evict. (8, 45):

Anton. „— — Idem etiam fiet, si adversus venditorem, ex vendito actione pretium petentem, *doli exceptionem* opposueris".

Zur Begründung dieser Einrede gehört natürlich die Nachweisung, daß für den Verklagten eine Gegenforderung aus demselben Vertrage entstanden sei, aber eines besondren Beweises wird es in den bei Weitem meisten Fällen nicht bedürfen, da der Kläger, welcher seine Klage auf einen zweiseitigen Vertrag stützt, ja immer schon das Vorhandensein einer solchen Gegenforderung eingeräumt haben muß. Die weitere Nachweisung, daß diese Gegenforderung noch nicht erfüllt, daß also der Kläger noch mit seiner Leistung im Rückstande sei, kann aber zur Begründung dieser Einrede begreiflich nicht verlangt werden, eben so wenig wie zur Begründung einer Forderungs-Klage die Nachweisung gehört, daß noch keine Zahlung erfolgt sei. Vielmehr muß, um jene exceptio doli zu elidiren, der Kläger *replicando* anführen und beweisen, daß jene Gegenforderung in rechtsgenügender Weise durch Zahlung, kasuelle Unmöglichkeit u. s. w. erloschen, und der Verklagte also nicht berechtigt sei, deßhalb die ihm obliegende Leistung zurück zu behalten.

II. Dieses einfache Sachverhältniß, wornach der Kläger *replicando* anzuführen und zu beweisen hat, daß die Gegenforderung des Verklagten erloschen sei, ist aber sehr häufig verkannt worden, und man pflegte vielmehr früher die Beweislast des Klägers daraus zu erklären, daß die exc. nondum adimpleti contractus eine s. g. verneinende Einrede sei, vgl. z. B. die bei Glück XVII. S. 229. Not. 44. Angeff. und Danz ord. Proz. §. 155, Schmidt, von Klagen und Einr. §. 125, Bülow und Hagemann, prakt. Erörtr. I. 23. u. A. m. Nachdem aber eine richtigere Theorie die s. g. verneinenden Einreden mit ihren angeblichen Besonderheiten zu verdrängen anfing, wurde es gewöhnlich, unsrer exceptio non adimpl. contr. den Charakter einer Einrede ganz abzusprechen, und Statt dessen anzunehmen, der Kläger müsse schon zur Begründung seiner Klage anführen, daß er seiner Seits erfüllt habe, und wenn dies von dem Verklagten geleugnet werde, so sei dies nur eine negative Litiskontestation, in deren Folge dann der Kläger jene zum Klagegrund gehörende Behauptung beweisen müsse, vgl. z. B. Weber, Verb. zur Beweisführung VI. 11. und 27. (in der Ausg. von Heffter S. 140. und S. 184 fg.), Glück XVII. S. 229 fg., Gönner, Handb. des gem. Proz. Bd. II. Nr. 34.

§. 2. Erst in unsren Tagen hat **Heerwart** im ziv. Arch. VII. S. 335 fgg. das wahre Sachverhältniß, wie es oben dargestellt wurde, scharf und bestimmt hingestellt, und man darf sich der Hoffnung hingeben, daß diese Ansicht bald zur allgemein herrschenden wird, obwohl freilich zur Zeit noch manche Stimmen sich dagegen erhoben, und von Neuem die Qualität einer negativen Litiskontestation vertheidigt haben; vgl. namentlich **Lang**, über die Einr. des nicht erfüllten Vertrags. Regensb. 1829, **Schenk** im ziv. Arch. XVII. S. 93 fgg., S. 242 fgg., XX. S. 427 fgg., **Treitschke** ebendas. XXII. S. 278 fgg., **Sintenis** in der Gießer Zeitschrift XVI. S. 254 fgg., XVII. S. 253 fgg., ***Steinfeld***, de defensione rei ex fundamento contr. non adimpleti oriunda. Marb. 1841. p. 39 sqq.; s. aber dagegen **Brandis** in Schunck's Jahrb. XVII. S. 196 fgg. und in Gießer Zeitschrift VII. S. 135 fgg., ***Volckmann***, de exc. non adimpl. contr. Lips. 1829, **Heerwart** im ziv. Arch. XIV. S. 206 fgg., XVIII. S. 387 fgg., **Reßhirt** in seiner Zeitschrift II. S. 349 fgg., **Bethm.-Hollw.** Vers. S. 343 fg., **Heffter** zu Weber's Verb. zur Beweisf. S. 287 fgg., **Albrecht**, Exzept. S. 189 fgg., **Wening**, Lehrb. §. 202., **Fritz** zu Wening II. S. 147 fgg., **Puchta** Pand. §. 232., Vorles. ad h. l. v. **Savigny**, Syst. V. S. 289., **Schmid**, Handb. des gem. deutschen Zivilproz. Bd. II. S. 6 fgg. Not., **Seuffert** §. 276. **Arndts** §. 234., **Dernburg** Komp. S. 81 fgg., **Bähr** Anerkennung S. 92. S. 174 fg. In der That ist auch die hier bekämpfte Theorie in augenscheinlichem Widerspruch mit der Natur der Konsensual-Kontrakte, und mit den oben ausgezogenen Gesetzen, in denen auf das Bestimmteste die Einwendung des nicht erfüllten Vertrags als eine justa ***exceptio*** charakterisirt wird; und dafür läßt sich nur ein einziges Gesetz mit einigem Scheine anführen, nämlich die l. 13. §. 8. de act. emt. vent. (19, 1):

> ***Ulp.*** „Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, ***nondum est ex emto actio***;"

aber nach einem häufigen Sprachgebrauch (vgl. z. B. die Nachweisungen bei **Heerwart** im Arch. VII. S. 344 fgg.) können diese Worte unbedenklich auf die blose **Wirkungslosigkeit** der Klage bezogen werden, vgl. auch l. 57. pr. de aedil. edicto (21, 1): „nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, ***nihil consequitur***," und daß dieß wirklich die Meinung **Ulpian's** ist, geht unzweideutig aus den unmittelbar folgenden Worten der l. 13. §. 8. cit. hervor:

> „venditor enim ***quasi pignus retinere potest eam rem***, quam vendidit".

III. Uebrigens ist die hier behandelte Streitfrage nicht blos theoretisch interessant, sondern auch von praktischer Bedeutung. So

hat namentlich die falsche Theorie schon zu der schlechthin verwerflichen Behauptung Veranlassung gegeben, daß bei zweiseitigen Verträgen die Klagen-Verjährung nicht vor der Erfüllung anfangen könne, vgl. dagegen oben Bd. I. §. 147. Anm., u. s. auch v. Savigny, Syst. V. S. 289 fgg. Eben so hat die irrige Ansicht von dem Wesen unsrer exceptio nachtheiligen Einfluß auf die Lehre vom Perikulum bei zweiseitigen Verträgen geäußert, vgl. darüber oben S. 237. Und endlich ist auch prozessualisch unsre Streitfrage in mehrfacher Beziehung wichtig; denn die Vertheidiger der hier bekämpften Meinung nehmen an, oder müssen doch konsequent annehmen, daß eine Klage, die nicht die Behauptung der geschehenen Erfüllung enthalte, angebrachter Maaßen verworfen werden dürfe, daß im Falle der contumacia des Verklagten wegen der gemeinrechtlich Statt findenden Fiktion der negativen Litiskontestation dem Kläger doch der Beweis der geleisteten Zahlung aufzulegen sei, und daß aus einem zweiseitigen Vertrage nicht anders im Exekutivproceß verfahren werden dürfe, als wenn der Kläger sogleich bei der Klage die geschehene Zahlung urkundlich nachweise. Daß nach der richtigeren Ansicht in allen diesen Beziehungen das Umgekehrte angenommen werden muß, bedarf keiner Ausführung.

IV. Während bei der bisher betrachteten exc. non adimpleti contractus doch wenigstens über die Beweislast kein Streit herrscht, indem Alle einstimmig dem Kläger den Beweis auflegen, nur daß darin die Einen einen Beweis des Klaggrundes, die Andren den Beweis einer Replik sehen: ist bei der s. g. exceptio *non rite* adimpleti contractus selbst dieser Punkt sehr streitig. Manche wollen nämlich stets dem Kläger den Beweis auflegen, weil kein rechtlicher Unterschied sei zwischen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung; Andre behaupten umgekehrt, daß stets der Verklagte die nicht gehörige Erfüllung beweisen müsse, und wieder Andre wollen endlich nach Verschiedenheit der Fälle verschieden entscheiden; vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück XVII. S. 231 fgg., und die dort Angeff., Heerwart im Arch. VII. S. 353 fgg., Schenk im Arch. XX. S. 467 fgg., Treitschke im Arch. XXII. S. 434 fgg., Fritz zu Wening II. S. 149 fgg., Koch II. S. 356 fgg., Schmid, Handb. d. Proz. II. S. 8. Not., Seuffert Lehrb. §. 276. Flach Entscheid. II. Nr. 4. S. 30 fgg., Schäffer in Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 254 fgg., Brinckmann Handelsr. §. 68, Thöl Handelsr. 3. Aufl. I. §. 85, Bähr Anerkennung S. 175. — Meines Erachtens hängt hier Alles davon ab, welchen Zweck der Verklagte durch die Einwendung, daß der Kläger nicht gehörig erfüllt habe, erreichen will. Soll nämlich dadurch nur die gehörige Erfüllung, oder vielmehr die Rückbehaltung der eignen Leistung bis zu gehöriger Erfüllung von Seiten des Klägers, effektuirt

werden, so ist kein Unterschied zwischen der exc. non adimpleti und der exc. non rite adimpleti contractus, und der Kläger muß den Beweis führen. Dieß ist namentlich der Fall, wenn nach der Behauptung des Verklagten die Erfüllung nur der Quantität nach unvollständig, oder wenn bei einer obligatio generis eine Sache aus einem ganz andren genus geleistet ist. Soll aber durch jene Einwendung bewirkt werden, daß der Vertrag wieder aufgehoben, oder der Kläger zu einer Entschädigung verpflichtet werde, wie z. B. wenn bei der übergebenen Sache versprochene Eigenschaften fehlen, oder heimliche Mängel vorhanden sind, dann ist diese Einwendung ihrer Grundlage und ihrem Zwecke nach wesentlich von der exc. non adimpleti contractus verschieden, und der Verklagte muß hier ganz eben so den Beweis führen, daß jene Eigenschaften fehlen oder jene Mängel vorhanden sind, wie wenn er zur Erreichung jener Zwecke mit den entsprechenden Klagen aufgetreten wäre.

---

b) Für dritte Nichtpaziszenten. §. 608.

Cod. IV. 11. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant, IV. 50. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit, VII. 60. inter alios acta vel judicata aliis non nocere. — Inst. III. 28. per quas personas nobis obligatio acquiritur. — *Donell.*, comm. ad l. 38. §. 17. de V. O. (in opp. XI. p. 767 sqq.), *Ejusd.* comm. jur. civ. lib. XII. c. 16 sqq., *Ferber*, de stipul. tertio facta. Lips. 1688, *J. H. Böhmer*, de jure ex pacto tertii quaesito. Hal. 1735. (in Exerc. ad Pand. II. p. 256 sqq.), Mühlenbruch, Zession §. 9 fgg. 3. Aufl. S. 85 fgg., Beseler Erbvertr. II. I. S. 71 fgg., Ruhstrat im Oldenb. Arch. I. S. 12 fgg. und im ziv. Arch. XXX. S. 340 fgg., *Naegelé* quatenus jura et obligationes ex juris negotiis tertio nascantur. Heidelb. 1846, Strippelmann Entscheidungen des O. A. G. zu Kassel V. I. S. 1 fgg., Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 1 fgg., Brinz krit. Blätter Nr. 2, Savigny Obligat. II. S. 21 fgg., Scheurl krit. Ueberschau Bd. I. S. 315 fgg., Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenb. 1854. — Bucher, Recht der Forderungen §. 16 fgg.,

Koch II. S. 502 fgg., Unterholzner I. S. 186 fgg., S. 397 fgg., *Molitor* I. p. 95 sqq. — Vgl. auch Puchta Lehrb. §. 273 fgg. und Vorles. ad h. l., Thöl Handelsr. Bd. I. 3. Aufl. (1854) §. 24 fgg., Beseler Syst. des gem. deutschen Privatr. Bd. II. §. 118. S. 277 fg., §. 120. S. 290 fgg.

Anm. Der bekannte Grundsatz des römischen Rechts, daß Verträge nur unter den Paziszenten wirken, bedarf theils näherer Bestimmungen, theils leidet er mehrfache Modifikationen.

I. Ein Vertrag, durch welchen man sich eine Leistung an einen Dritten in der Weise bedingt, daß dieser Dritte der unmittelbare Kreditor sein soll, ist völlig ungiltig, so, daß nicht nur der Dritte kein Recht daraus erwirbt, sondern auch unter den Kontrahenten selbst keine Wirkungen daraus hervorgehen können, eben weil ja der Promissar nichts für sich erwerben will, l. 11. de O. et A. (44, 7):

Paul. „Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, *inanem actum nostrum efficiunt;* et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus",

l. 38. §. 17. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quo sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest mea" [cf. §. 19. J. de inutil. stipul. (3, 20)],

l. 73. §. 4. de R. J.:

Q. Muc. Scaev. „Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest",

l. 6. C. si quis alteri (4, 50):

Dioclet et *Maxim.* „— — Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, *emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes*",

l. 26. C. de jure dot. (5, 12):

Dioclet. et *Maxim.* „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi, extraneo constituto, stipulatus est, *nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quaerere potuit actionem*",

vgl. auch §. 4. J. de inutil. stipul. (3, 20), l. 11. §. 6. de pignor. act. (13, 7), l. 126. §. 2. de V. O. (45, 1), l. 1. C. per quas

person. (4, 27), l. 19. C. de jure dot. (5, 12). Wenn doch neuerlich von Heyer, Abhandl. aus versch. Theilen der Rechtsw. Gießen 1841. Nr. 1. und in Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 1 fgg. behauptet worden ist, daß der Vertrag zum Vortheil eines Dritten unter den Kontrahenten wirksam, und nur bei Stipulationen eine Ausnahme von dieser Regel begründet sei, so widerspricht dies nicht nur der Natur der Sache, sondern auch den obigen Quellenzeugnissen (vgl. bes. die von Heyer in der ersten Abhandlung ganz ignorirte, und in der zweiten S. 35 fgg. falsch ausgelegte l. 6. C. si quis alteri) und wenn sich Heyer für seine Meinung besonders auf die Theorie des mandatum *aliena gratia* beruft, vgl. pr. §. 3. J. de mand. (3, 27), l. 6. §. 4. 5. mandati (17, 1), so übersieht er, daß hier theils nur von Begründung einer actio mandati *contraria* die Rede ist, theils aber, soweit die actio directa in Frage steht, doch immer ein eignes Interesse des Mandaten vorausgesetzt werden muß, vgl. l. 8. §. 6. mand. (17, 1) [obwohl freilich schon ein spezielles Affektions-Interesse genügt, l. 54. pr. mand., vgl. l. 7. de serv. export. (18, 7)], und dabei auch gar nicht beabsichtigt wird, ein Forderungsrecht für einen Dritten zu begründen, vgl. auch Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 353 fg. Anm., Girtanner Bürgsch. S. 63 fgg., Buchka a. a. O. S. 4. fgg. — Von unsrer Regel gibt es aber mehrere Ausnahmen, und zwar kann es

1) vorkommen, daß doch wenigstens der Promissar aus einem solchen Vertrage ein Klagerecht erhält, wenn nämlich durch die Leistung an den Dritten auch für ihn selbst ein Vortheil begründet wird, §. 20. J. de inut. stipul. (3, 20), l. 38. §. 20—23. de V. O., l. 3. C. de inut. stip. (8, 39), oder wenn er sich eine Konventionalstrafe ausbedungen hat, §. 19. J. de inut. stip., l. 38. §. 17. de V. O. Namentlich ist das Erstre auch dann der Fall, wenn sich der Vater eine Leistung an sein Hauskind versprechen läßt, weil er selbst durch das Hauskind erwirbt, §. 4. fin. J. de inut. stip., l. 17. §. 4. de pact. (2, 14), l. 7. de pact. dotal. (23, 4), l. 39. 56. 130. de V. O., aber eben deßhalb ist es auch nur insofern der Fall, als er selbst erwirbt, „alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat", l. 130. cit.

2) In mehreren Fällen wird aber auch der Dritte selbst aus einem solchen Vertrage berechtigt, und zwar kommt dies vor:

a) Wenn ein Hauskind sich für seinen Vater Etwas versprechen läßt, §. 4. J. de inut. stip., l. 38. §. 17, l. 130. fin. de V. O.

b) Wenn bei Abschließung eines Konsensual- oder auch Real-Vertrags [vgl. l. 1. §. 11. depos. (16, 3)] der Kontrahent

nicht sowohl als Stellvertreter, als vielmehr nur als Zwischenträger oder Bote erscheint, wenn er also nicht selbst will, sondern lediglich den Willen seines Mandanten dem andren Kontrahenten mittheilt: so versteht es sich, daß nicht er, sondern nur der, für welchen er den Kontrakt abschließt, als der eigentliche Kontrahent aufzufassen ist, und nur diesem die Kontraktsklage zusteht, so daß es nicht viel anders ist, als wenn ein solcher Kontrakt brieflich abgeschlossen wäre, wie denn auch wirklich in den Gesetzen das Kontrahiren per nuntium und per epistolam immer gleichgestellt wird, l. 2. pr. de pact. (2, 14), l. 14. §. 3, l. 15. de pec. const. (13, 5), l. 1. §. 1. mand. (17, 1), l. 1. §. 2. de contr. emt. (18, 1), l. 2. §. 2. de O. et A. (44, 7), l. 9. C. si quis alteri (4, 50), Mühlenbruch, Zession S. 108 fgg. Auch die l. 84. pro soc. (17, 2): „Quotiens jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit", kann recht gut von einem solchen Kontrahiren per nuntium verstanden werden, obwohl sie auch auf ein Kontrahiren per procuratorem bezogen werden darf, wenn man nur bei dem directo agere nicht an die actio pro socio, sondern an die actio mandati denkt, Mühlenbruch a. a. O. S. 94. Note.

c) Wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehn giebt oder eine Nichtschuld bezahlt, so kann daraus der Dritte unmittelbar die condictio mutui oder indebiti anstellen, l. 2. §. 4, l. 9. §. 8. de R. C. (12, 1), l. 6. 47. 57. pr. de cond. indeb. (12, 6), l. 126. §. 2. de V. O. (45, 1), l. 4. C. si cert. pet. (4, 2), eine Bestimmung, die sich wohl am Einfachsten daraus erklärt, daß der Empfänger nicht blos kontraktlich, sondern vorzugsweise aus dem Haben sine causa zur Rückgabe obligirt ist; vgl. übrigens Buchka S. 81 fgg., Brinz S. 24 fgg., Savigny S. 66 fg., Scheurl S. 328 fg. Gewiß inkonsequent erweiterte dies Justinian dahin, daß wenn in solchem Falle wegen Rückzahlung des Darlehns ein Pfandrecht bestellt würde, auch die hypothekarische Klage direkt dem Dritten zustehen solle, l. 2. C. per quas pers. nob. acqu. (4, 27), welche Verordnung denn auch zu einigen Tribonianismen Veranlassung gegeben hat, vgl. l. 72. de procurator. (3, 3) [non *semper*"], l. 11. §. 6. de pignerat. act. (13, 7) ["*plerumque*, non *semper*"].

d) Obwohl auch bei dem Vormunde im Ganzen die Regel gilt, daß er keinen Vertrag auf den Namen des Mündels abschließen darf, vgl. z. B. l. 9. pr. de adm. tut. (27, 7), so leidet dies doch sowohl bei dem Tutor als dem Kurator — und ihnen ist auch der actor municipum gleichgestellt — die spezielle Ausnahme, daß wenn

ein Konstitutum in der bezeichneten Weise abgeschlossen ist, allerdings eine utilis actio für den Mündel begründet wird, l. 5. §. 9. de pec. const. (13, 5), und daß, wenn der Vormund unmittelbar ein pactum de non petendo für den Pflegling abschließt („ne a furioso aut prodigo peteretur"), diesem daraus eine exceptio [doli] begründet wird, l. 15, l. 28. §. 1. de pact. (2, 14).

e) Schon nach Vorjustinianischem Rechte war es giltig, wenn sich Jemand Etwas für sich und seine Erben versprechen ließ, l. 38. §. 14. de V. O.: „Suae personae adjungere quis heredis personam potest"; vgl. l. 38. §. 12. eod., l. 33. de pact. (2, 14), und es ist dies auch offenbar gar keine Ausnahme von unsrem Grundsatze, da hier ja die obligatio schon in der Person des Stipulator vollständig begründet wird, und die Erben nur in diese obligatio succediren sollen. Für den Fall, wenn der Stipulator mehrere Erben hat, aber die Stipulation nur für sich und Einen dieser mehreren Erben abschließt, enthält die l. 137. §. 8. de V. O. die Entscheidung: „quod *dari* stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri; at quum quid *fieri* stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi", eine Unterscheidung, die augenscheinlich auf dem Grundsatze des alten Rechts beruht, daß obligationes in faciendo gar nicht auf die Erben übergehen, wenn sie nicht besonders darauf gestellt sind. Da aber dieser Grundsatz durch Justinian in l. 13. C. de contrah. stipul. (8, 38) aufgehoben ist, so muß seitdem auch bei den obligationes in faciendo gesagt werden, daß daraus stets alle Erben berechtigt werden, sollte der Erblasser auch blos Einen besonders genannt haben; a. M. ist zwar *Donell.* cit. nr. 45. (p. 809 sqq.), aber gegen alle Konsequenz, s. auch Bucher, Recht der Forderungen S. 51. und Scheurl, Beiträge S. 114 fgg. — Ganz anders verhält es sich mit dem andren Falle, wenn sich Jemand etwas blos für seine Erben, oder, was gleichviel ist, „*post mortem suam*" versprechen läßt. Dies war im klassischen Rechte in konsequenter Folge unsres Grundsatzes schlechthin unthunlich, Gai. III. 100. 117. 158. §. 13. J. de inutil. stipul. (3, 20), und zwar war diese Ungiltigkeit nicht blos, wie Scheurl a. a. O. S. 105 fgg. irrig annimmt, auf Stipulationen beschränkt, sondern ganz dasselbe galt auch bei negotia bonae fidei, s. bes. Gai. III. 158 („inutile *mandatum* est, quia *generaliter* placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse"), und vgl. auch Dernburg a. a. O. S. 4. Anm. Dies aber hat Justinian aufgehoben, l. 11. C. de contr. stipul. (8, 38), so daß jetzt wirklich die obligatio und actio „a persona heredis incipere potest", l. un. C. ut act. ab hered. (4, 11), und da in solchem Falle die Erben nicht in eine obligatio

des Erblassers eintreten, sondern vielmehr die obligatio erst in der Person der Erben zur Entstehung kommt, so muß man, ungeachtet des Widerspruchs von Scheurl S. 109 fgg., mit innerer Nothwendigkeit zu dem Ergebniß kommen, daß, wenn der Erblasser den Vertrag nur auf Einen seiner mehreren Erben gestellt hat, die obligatio auch immer nur in der Person dieses Einen zur Entstehung kommen kann, vgl. bes. *Donell.* cit. nr. 42 sqq. (p. 802 sqq.) u. s. auch Buchka a. a. O. S. 78 fgg. Das Resultat für das Justinianische Recht wäre demnach folgendes: wenn der Erblasser nicht für sich, sondern blos für Einen von mehreren Erben sich Etwas hat versprechen lassen, so erwirbt immer blos dieser; hat aber der Erblasser für sich und Einen von mehreren Erben den Vertrag abgeschlossen, so erwerben immer alle Erben, und in beiden Fällen kommt auf den Unterschied zwischen dare und facere nichts mehr an. Wenn jetzt Buchka S. 79 fg., obwohl er in allen Prämissen vollständig mit der obigen Ausführung übereinstimmt, dennoch die zweite Hälfte dieses Satzes leugnet, und vielmehr das einfache Dogma aufstellt, daß seit der l. un. C. ut act. ab hered. immer nur der einzelne Erbe berechtigt werde, einerlei ob der Erblasser nur für ihn, oder ob er für sich und für ihn die Obligation abgeschlossen habe: so beruht dies auf der, m. E. völlig unrichtigen, Voraussetzung, daß seit der l. un. C. cit. auch in dem Falle, wenn der Erblasser für sich und seine Erben stipulirt habe, die Obligation erst in der Person der Erben ihren Anfang nehme. M. E. muß vielmehr auch noch nach der l. un. cit. gesagt werden, daß dann, wenn der Erblasser für sich und seine Erben eine stipulatio abschließt, die obligatio auch wirklich immer bereits in der Person des Erblassers begründet wird, und nicht erst in der Person der Erben zur Entstehung kommt; und ist in dieser Beziehung wirklich nichts durch die l. un. cit. geändert worden, so muß natürlich auch die Entscheidung in l. 137. §. 8. de V. O. in Kraft bleiben.

f) Wenn ein Aszendent eine Dos bestellt, und die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so wird diesen eine utilis actio eingeräumt, l. 45. sol. matr. (24, 3), l. 7. C. de pact. conv. (5, 14), vgl. l. 9, l. 23. de pact. dotal. (23, 4), l. 45. §. 2. de V. O. (45, 1). Die nicht selten aus diesen Gesetzen abgeleitete Meinung, daß überhaupt Verträge, welche ein Aszendent für seinen Deszendenten abschließe, für diesen wirksam seien, streitet gegen alle Interpretations-Regeln; vgl. auch Mühlenbruch, Zession S. 96. Not. und die dort Angeff.

g) Wenn Jemand eine fremde Sache einem Andren zum Gebrauch oder zur Verwahrung übergibt, und dabei ausbedingt, daß die Sache an den Eigenthümer restituirt werden soll, so darf dieser

eine utilis actio commodati v. depositi gebrauchen, l. 8. C. ad exhib. (3, 42).

h) Hat der veräußernde Pfandgläubiger dem Schuldner das Recht der Wiedereinlösung vorbehalten, so hat dieser daraus eine actio in factum; l. 13. pr. de pign. act. (13, 7), vgl. l. 7. §. 1. de distr. pign. (20, 5).

i) Wenn Jemand eine Sache mit der Auflage verschenkt, sie später an einen Andren wieder heraus zu geben, so hat dieser Dritte daraus eine utilis actio, l. 3. C. de donat. quae sub modo (8, 55). —

Diese von lit. a. bis i. angegebenen Fälle sind m. E. die einzigen, in denen schon nach römischem Rechte ein Vertrag mit Wirksamkeit auf einen Dritten gestellt werden konnte, und ich muß die Meinung, daß im neuesten Rechte bei allen Verträgen, mit Ausnahme der Stipulation, eine Stellvertretung gestattet gewesen sei, für gänzlich unbegründet halten, obwohl jetzt selbst v. Savigny System Bd. III. S. 95 fgg. und Obligat. II. S. 40 fgg. sich derselben zugewendet hat. Sie steht in entschiedenem Widerspruch mit allen bisher angeführten Gesetzen, und kann sicherlich nicht begründet werden durch die von Savigny dafür angeführte l. 53. de acquir. rer. dom. (41, 1):

> *Modestin.* „Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem, *quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus*".

Nicht nur, daß die Worte: *per stipulationem* sehr wahrscheinlich ein ungeschicktes Einschiebsel Tribonian's sind, indem Modestin wohl gewiß nicht die Stipulation, sondern vielmehr die Manzipation erwähnt, und die Stelle also im Sinne ihres Urhebers gar keine Beziehung auf Vertrage hatte: so sind wir auch nach der Fassung der Stelle, welche sie jetzt hat, doch nicht berechtigt, die zweite Regel über den Besitzerwerb hinaus auszudehnen, da mehrfach in andren Stellen ausdrücklich bemerkt wird, daß nur bei dem Besitze eine Repräsentation per liberam personam möglich sei, *Paul.* rec. sent. V. 3. 2, l. 1. C. per quas pers. (4, 27), §. 5. J. per quas pers. (2, 9), welche Stellen sich doch gewiß nicht mit Savigny S. 49 durch die Bemerkung beseitigen lassen, daß in ihnen nur eine längst veraltete Regel ausgesprochen sei, die sich nur traditionell fortgepflanzt habe! vgl. auch Puchta Kursus der Institut. II. §. 203. Not. n, Buchka S. 116 fgg., Scheurl S. 322 fgg., Ruhstrat über Savigny S. 19 fgg. — Viel weiter, als das römische Recht geht aber eine, wie es scheint, seit sehr langer Zeit völlig entschiedene deutschrechtliche Praxis, wornach allgemein aus einem im Namen

eines Dritten abgeschlossenen Vertrage ganz unbedenklich diesem Dritten eine Klage eingeräumt wird, vorausgesetzt nur, daß der Kontrahent durch sein Amt (was bei Vormündern und Vorstehern von universitates der Fall ist) oder durch Auftrag zu einer solchen Vertretung befugt erscheint, in welcher letztren Beziehung man aber gewiß konsequent die *negotiorum gestio* mit darauf folgender Ratihabition dem Mandate ganz gleichstellt; vgl. hierüber besonders die reichhaltige dogmengeschichtliche Darstellung bei Buchka S. 121 fgg. So unzweifelhaft es nun hiernach auch ist, daß ein Vertrag, wodurch der Mandatar sich Etwas unmittelbar für seinen Mandanten versprechen läßt, h. z. T. abweichend vom römischen Rechte völlig giltig ist, und so gewiß es ist, daß aus einem solchen Vertrage der Mandant ein sofortiges Klagerecht erlangt, und zwar nur der Mandant, nicht auch der Mandatar (wenn nicht etwa dieser außer dem mandatum ad contrahendum auch noch ein mandatum ad exigendum erhalten hat): so sind doch auch die heutigen Rechtsgelehrten über die juristische Konstruktion dieser neuen Rechtssätze, und über die von dieser Konstruktion abhängige Detail-Gestaltung noch keineswegs einverstanden. Die Mehrzahl der neuesten Wortführer bei dieser Streitfrage geht davon aus, daß das moderne Recht, in prinzipieller Verschiedenheit von dem römischen, auch bei Kontrahirung von Obligationen die Möglichkeit einer s. g. direkten oder unmittelbaren Stellvertretung zulasse, und daß also in Fällen der obigen Art der Mandant als der eigentliche Kontrahent anzusehen, und der Vertrag also ganz so zu beurtheilen sei, wie wenn unmittelbar der Mandant selbst ihn abgeschlossen hätte; vgl. hierüber besonders Beseler a. d. aa. OO., Buchka S. 230 fgg., Dernburg S. 17 fgg., Brinz S. 35 fgg., Scheurl S. 329 fgg., Ruhstrat S. 42 fgg. (welche Schriftsteller zwar in manchen Einzelheiten wieder unter sich abweichen, aber doch darin sämmtlich einverstanden sind, daß h. z. T. unmittelbare Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen zulässig sei). Andre dagegen halten eine solche prinzipielle Abweichung vom römischen Rechte nicht blos für ungerechtfertigt, sondern für unmöglich, weil die direkte Stellvertretung mit dem Wesen der obligatio in unauflösbarem Widerspruch stehe. Allerdings könne man Verträge durch einen Prokurator abschließen lassen, aber niemals so, daß man direkt daraus Gläubiger werde, sondern immer nur so, daß der Mandatar der eigentliche Kontrahent und das ursprüngliche Subjekt der durch den Vertrag begründeten obligatio sei, und der Mandant nur als Zessionar Rechte erwerbe. Dieser aus der Natur der obligatio hervorgehende Satz müsse nothwendig auch h. z. T. noch gelten, und die Verschiedenheit zwischen dem römischen und dem modernen Rechte bestehe nur darin, daß das

erstere, in konsequenter Festhaltung jenes Prinzips, verlange, daß der Mandatar den Kontrakt auch wirklich für sich selbst abschließe, und einen unmittelbar auf den Namen des Mandanten abgeschlossenen Kontrakt für nichtig erkläre, während in dem heutigen Rechte allerdings auch die letztre Vertragsform zugelassen werde, ohne daß dieses jedoch ein Aufgeben jenes Prinzips enthalte; die Anwendung dieser Form habe vielmehr nur die Bedeutung, daß dadurch der andre Kontrahent sofort von dem prokuratorischen Verhältniß des Promissar, und folgeweise von der stillschweigenden Zession der kontraktlichen Forderung an den Mandanten in Kenntniß gesetzt werde, und demgemäß auch sofort in Betreff der Zahlung oder sonstiger das Schuldverhältniß betreffender Verhandlungen lediglich an den Mandanten gewiesen sei; vgl. bes. Mühlenbruch, Zession S. 111 fgg., S. 147. Anm. S. 481, Ders. in Glück's Komm. XXXVIII. S. 69 fg. und Lehrbuch §. 131, Puchta, Lehrbuch §. 273 fgg. und Vorles. ad h. l., Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 357 fgg., Arndts Lehrbuch §. 246, Thöl Handelsrecht Bd. I. 3. Aufl. §. 25. Anm. 1 und 2. S. 96 fgg. Diese letztre Ansicht halte ich, ungeachtet der zahlreichen abweichenden Darstellungen, welche die jüngste Zeit uns gebracht, auch noch jetzt eben so, wie in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs, für die einzig zuläßige. Für eine so prinzipielle Abweichung vom römischen Rechte, wie sie in jenen neuesten Darstellungen behauptet wird, fehlt es nicht nur an allem wahren praktischen Bedürfnisse — denn diesem wird in vollem Maaße auch durch die dem römischen Rechte sich anschließende juristische Konstruktion Genüge gethan — sondern auch an allem und jedem Rechtsgrunde. Die Gegner selbst müssen einräumen, daß der Satz des römischen Rechts: eine obligatio entstehe nur unter den Kontrahenten, so sehr in dem Wesen der obligatio begründet ist, daß derselbe unmöglich als geändert angesehen werden kann, vgl. z. B. Scheurl S. 330. 334, und ihre Argumentation geht daher auch wesentlich nur dahin, darzuthun, daß nach heutiger Rechtsansicht der Mandant selbst der Kontrahent sei. Gerade dies aber halte ich, ungeachtet der künstlichen Deduktionen von Savigny Obl. II. S. 57 fgg., Buchka S. 202 fgg., Dernburg S. 19 fg. und Scheurl S. 335 fgg. für schlechthin unzuläßig. Wenn der Auftrag nicht blos dahin geht, den präzisen Kontraktswillen des Mandanten dem andren Kontrahenten mitzutheilen, also der Mandatar bloser nuntius ist (s. oben S. 309 fgg. bei lit. b.), sondern wenn der Auftrag wirklich darauf gerichtet ist, daß der Mandatar selbst den zum Abschluß des Vertrags erforderlichen Willen fassen, also selbst wollen soll, und wenn dann also der Vertrag gerade durch diesen Willen des Mandatars zur Existenz kommt: so ist doch unzweifelhaft der Mandatar der wahre

Kontrahent, und nur eine Fiktion, daß der Wille des Mandatar der Wille des Mandanten, und folglich der Kontrakt des Mandatar der Kontrakt des Mandanten sei, könnte hier zu einem andren Ergebniß führen. Für die Annahme einer solchen Fiktion fehlt es aber nicht nur, wie schon oben bemerkt, an allem praktischen Bedürfniß, sondern auch an jedem Rechtsgrunde, denn das hier immer angeführte Gewohnheitsrecht kann der Natur der Sache nach nur darüber entscheiden, daß im heutigen Rechte der Mandatar sich rechtsgiltig etwas für seinen Mandanten versprechen lassen kann, nicht aber darüber, wie ein solches Verhältniß juristisch zu konstruiren sei. Müssen wir nun aber hiernach auch dann, wenn der Vertrag unmittelbar auf den Namen des Mandanten gestellt ist, doch den Mandatar als den wahren Kontrahenten ansehen, so müssen hierbei auch natürlich in Betreff des Einflusses, welchen Kenntniß oder Unkenntniß des Mandatar oder des Mandanten auf das Geschäft äußert, ganz dieselben Regeln zur Anwendung kommen, welche das römische Recht für den Fall aufstellt, wenn der Mandatar das Geschäft für sich selbst abschließt (vgl. darüber unten IV. 1. c. S. 319 fg.) und man muß hieran um so mehr festhalten, weil die konsequente Verfolgung des falschen Prinzips, daß der Mandant der wahre Kontrahent sei, zu wesentlichen praktischen Inkonvenienzen hinführt, vgl. auch Thöl a. a. O. S. 103. Anm.

II. Ein Vertrag, durch welchen Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, in welchem also ein Dritter als Schuldner aufgeführt wird, ist ungiltig, und es kann weder der Dritte, noch auch der Paziszent selbst daraus verpflichtet werden, §. 3. J. de inut. stip.:

„Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat: Titium quinque aureos daturum“,

l. 58. §. 1. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Si quis promittat, per alium non fieri (praeter heredem suum), dicendum est, *inutiliter eum promittere factum alienum*“,

vgl. §. 21. J. de inut. stip., l. 38. pr., l. 83. pr. de V. O. Jedoch wird

1) der Promittent selbst verpflichtet, wenn das Versprechen ausdrücklich darauf gerichtet ist, oder doch so ausgelegt werden muß — was offenbar eine quaestio facti ist —, entweder, daß der Promittent für die Handlung des Dritten Sorge tragen, oder, daß derselbe für das Interesse einstehen wolle, vgl. §. 3. J. de inut. stip., l. 14. §. 2. de pec. const. (13, 5), l. 38. §. 24, l. 81. pr., l. 83. pr., l. 112. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 13. 18. 19. rat. rem haberi

(46, 8); und außerdem tritt natürlich auch in Beziehung auf eine beigefügte Konventionalstrafe eine Verbindlichkeit desselben ein. §. 21. fin. J. de inut. stip., l. 38. §. 2. 4. 13. de V. O. (45, 1).

2) Auch der Dritte kann in einigen Fällen verpflichtet werden. Dies ist nämlich nicht nur dann der Fall, wenn derjenige, welcher einen Vertrag für den Dritten abschließt, als bloser Zwischenträger oder Bote erscheint (s. oben I. 2. b.), sondern nach der vorher (bei I. a. E.) bemerkten deutschrechtlichen Praxis auch dann, wenn ein wahrer Stellvertreter das Geschäft abschließt, wobei natürlich auch wieder vorausgesetzt wird, daß derselbe vi officii oder vi mandati handelt. Außerdem kann aber auch nach den schon oben (I. 2. e.) angeführten Verordnungen von Justinian gegen den Erben Klage erhoben werden, wenn der Erblasser auf den Namen desselben eine Verbindlichkeit kontrahirt hat.

III. Wenn in dem Vertrage zugleich eine Beziehung auf den Paziszenten und einen Dritten vorkommt, so ist zu unterscheiden:

1) Wenn sich Jemand Etwas für sich und einen Andren versprechen läßt, so geschieht dies entweder alternativ oder kopulativ. Im erstren Falle („mihi *aut* Titio") gilt der Dritte der Regel nach als solutionis causa adjectus (s. oben §. 582. Anm. 2.), obgleich doch auch ausnahmsweise eine andre Auslegung dieses Vertrags möglich ist (s. die zit. Anm. a. E. S. 189). Im zweiten Falle („mihi *et* Titio") erwirbt der Dritte kein Recht. Ob aber der Promissar das Ganze oder nur die Hälfte fordern könne, war unter den römischen Juristen streitig, Gai. III. 103, während nach der im Korpus juris rezipirten Ansicht das Letztre angenommen werden muß, §. 4. J. de inut. stipul., l. 110. pr. de V. O.

2) Wenn der Promittent theils sich, theils einen Andren als Schuldner bezeichnet hat, so findet sich hinsichtlich des Konstitutum die Verordnung, daß wenn dies alternativ geschehen sei, der Promittent auf das Ganze, wenn es kopulativ geschehen sei, er nur für die Hälfte obligirt sein soll, der Dritte aber natürlich immer ungebunden bleibt, Nov. 115. c. 6, und diese Entscheidung muß analog gewiß auch bei andren Verträgen in Anwendung kommen.

IV. Wenn in dem Vertrage blos eine Beziehung auf die Paziszenten selbst vorkommt, so ist es dennoch möglich, daß ein Dritter daraus berechtigt oder verpflichtet wird.

1) Aus einem solchen Vertrage können für einen Dritten Rechte entstehen in folgenden wesentlichen Fällen:

a) Während nach älterem römischem Rechte dann, wenn ein Haussohn sich Etwas vertragsweise versprechen ließ, daraus immer unmittelbar ein Klagerecht für den Vater begründet wurde, nicht viel

anders, als wenn der Vater selbst den Vertrag abgeschlossen hätte, Gai. II. 87, l. 45. pr. de V. O. u. s. w., so muß sich dies begreiflich nach der neueren Ausbildung des Pekulienrechts, wornach ja der Sohn regelmäßig für sich selbst erwirbt, anders verhalten, vgl. auch §. 1. J. per quas pers. nob. acqu. (2, 9), pr. J. per quas. qers. nob. oblig. acqu. (3, 28). Die näheren Bestimmungen hierüber ergeben sich von selbst aus den Grundsätzen über die verschiedenen Arten der Pekulien, vgl. §. 232 fgg.

b) Wenn der Vormund Verträge in Beziehung auf das Vermögen des Mündels abschließt, so steht diesem daraus eine utilis actio zu, indem die durch die actio tutelae erzwingbare Zession als geschehen angenommen wird. Anfangs scheint man dies freilich nur dann angenommen zu haben, wenn der Vormund aus Noth selbst paziszirte, weil der Mündel noch infans oder weil er abwesend war, l. 9. pr. de adm. tut. (26, 7); aber in der späteren Zeit wurde dies generalisirt, vgl. l. 26. de R. C. (12, 1), l. 52. pr. de peculio (15, 1), l. 2. quando ex fact. tut. v. curat. minores agere v. conveniri possunt (26, 9), l. 2. 4. C. eod.

c) Wenn ein Mandatar einen Vertrag abschließt, so gilt auch noch im Justinianischen Rechte die Regel, daß daraus unmittelbar nur der Mandatar als eigentlicher Kontrahent die Klage erwirbt, und der Mandant dieselbe nicht anders anstellen kann, als wenn sie ihm zedirt ist, vgl. z. B. l. 49. §. 2. de acqu. v. am. poss. (41, 2):

> *Papinian.* „— — evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur“,

l. 72. de procurat. (3, 3). Zwar sagt derselbe Papinian in l. 68. de procurat. (3, 3):

> „Qnod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, *invito procuratore dominus petere potest*“,

aber es kann aus innern und äußeren Gründen nicht bezweifelt werden, daß auch hier ein *non* eingeschoben werden muß, vgl. namentlich Basil. VIII. 2. 65, *Cujac.*, comm. in lib. III. Resp. Papin. ad. l. 68. cit. (in opp. IV. p. 916 sqq.), Mühlenbruch Zession S. 136 fgg., Buchka S. 55 fg. s. jedoch auch Dernburg a. a. O. S. 15 fgg. Nur ausnahmsweise soll auch ohne wirkliche Zession in manchen Fällen dem Mandanten causa cognita eine utilis actio eingeräumt werden, und zwar kommt dies vor bei dem procurator *militis*, l. 26. de R. C. (12, 1), vgl. l. 8. C. de R. V. (3, 32), bei dem procurator *praesentis*, l. 79. de V. O. (45, 1), wenn der Prokurator Stipulationen vor dem Magistrate abschließt, l. 5. de stipul. praetor. (46, 5), vgl. l. 27. §. 1,

l. 28. de procur. (3, 3); l. 1. §. 16. de magistr. conv. (27, 8), l. 18. §. ult. de damno inf. (39, 2), l. 4. pr. rem pupilli salvam fore (46, 6), und endlich auch allgemeiner zur Aushülfe dann, wenn der Mandant ohnedies zu Schaden kommen würde, l. 1. §. 18. fin. de exerc. act. (14, 1), l. 1. fin. in Verbindung mit l. 2. de instit. act. (14, 3), l. 13. §. 25. de act. emt. vend. (19, 1), l. 5. fin. de stip. praet. (46, 5). Eine sehr verbreitete Praxis setzt sich aber über diese Schranken des römischen Rechts hinaus, und gibt dem Mandanten ganz allgemein ein unmittelbares Klagerecht aus den Verträgen, die sein Geschäftsführer in seinen Angelegenheiten abgeschlossen hat. — Da übrigens immer der Mandatar der eigentliche Kontrahent ist, so fordert es die Konsequenz, daß namentlich auch in Betreff des Einflusses des Irrthums und der Unwissenheit auf das Geschäft der Regel nach nur die Person des Mandatars in Betracht gezogen werden darf, obwohl doch auch der Umstand, daß das durch einen Stellvertreter abgeschlossene Geschäft seine Wirkungen auch auf den Mandanten erstreckt, begreiflich nicht ohne allen Einfluß bleiben kann. Man muß hier unterscheiden. Wenn bei einem Geschäfte ein rechtlicher Anspruch dadurch bedingt ist, daß ein Kontrahent einen gewissen Umstand nicht kennt, und 1) der Mandatar kennt denselben, so ist jener Anspruch niemals begründet, ohne alle Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen des Mandanten, l. 5. pr. de tribut. act. (14, 4).

> *Ulp.* „Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus“,

l. 51. §. 1. de aedil. ed. (21, 1):

> *African.* „Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit“.

[Für den speciellen, dem praktischen Rechte nicht mehr angehörigen Fall der actio in factum gegen einen freien Menschen, welcher sich wissentlich als Sklaven verkaufen läßt, vgl. l. 14 sqq. de liber causa (40, 12), scheint übrigens eine Kontroverse unter den römischen Juristen gewesen zu sein. Diese Strafklage gegen den angeblichen Sklaven fällt nämlich begreiflich dann hinweg, wenn der Käufer wußte, daß er einen Freien kaufte, l. 16. §. 2. eod., und da behauptet nun Ulpian, offenbar in Folge unsres obigen Grundsatzes, daß dann, wenn der Mandatar Kenntniß davon hatte, der Mandant niemals die Strafklage anstellen dürfe, l. 16. §. 3, l. 22. §. 5 eod., während Paulus in l. 17. eod. dem betrogenen Mandanten allerdings die actio in factum einräumt („contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda“). Man hat bald

durch Interpretation (vgl. namentlich Puchta Lehrb. §. 275. not. a. und Vorles. ad h. l.), bald durch Textveränderung (vgl. darüber die Nachweisungen bei *Schult.* und *Smallenb.* ad l. 17. cit. tom. VI. p. 235, und in neuester Zeit Mühlenbruch Zession S. 127. und Buchka a. a. O. S. 60.) diese Antinomie zu beseitigen versucht, aber m. E. ohne Erfolg. Ueber das Gebiet jener actio in factum hinaus scheint sich aber diese Kontroverse nicht erstreckt zu haben, und bei jener Delikts-Klage läßt sich auch in der That unbeschadet der Konsequenz, Vieles für die Meinung von Paulus sagen]. — Wenn aber 2) der Mandatar jenen Umstand nicht kennt, so ist für seine Klage gegen den andren Kontrahenten die Kenntniß des Mandanten ganz einflußlos, vgl. l. 51. §. 1. de aed. ed., wo Afrikan in unmittelbarem Anschluß an die oben ausgezogenen Worte fortfährt:

> „at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit, et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam".

[Nach der handschriftlichen Lesart der l. 17. de liber. causa hat auch in dieser Beziehung bei der oben erwähnten actio in factum Paulus ein andres Prinzip befolgt: „et non competet ei actio"; aber aus dem ganzen Zusammenhang geht hervor, daß hier nicht von der Klage des Stellvertreters, sondern von der Klage des Mandanten die Rede ist, und Paulus also gewiß geschrieben hat: „et non competet *mihi* actio"; vgl. auch Basil. XLVIII. 8. 17: οὐκ ἔχω ἀγωγήν"]. Tritt aber in einem solchen Falle der um den Umstand wissende Mandant als Kläger auf, so kann dessen Klage allerdings durch eine wirksame exceptio doli zurückgewiesen werden, l. 13. de contr. emt. (18, 1):

> *Pompon.* „Sed si servo meo vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est",

vgl. auch l. 16. §. 4, l. 17. de liber. causa (40, 12).

d) Wenn ein Erbschaftsbesitzer für Forderungen der Erbschaft ein Konstitutum abschließt, oder sich Bürgen bestellen läßt, so stehen die Klagen daraus auch dem Universal-Fideikommissar, oder im Falle einer Erbschafts-Eviktion dem wahren Erben zu, l. 22. de pec. const. (13, 5), l. 21. pr. de fidejussorib. (46, 1).

e) Endlich ist hier noch die allgemeine Regel zu bemerken, daß auch ein Dritter sich dann auf den Vertrag berufen kann, wenn dies nöthig ist, um das Vertragsrecht des eigentlichen Paziszenten zu schützen, l. 23. de pact. (2, 14):

> *Paul.* „Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum,

quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat",

und eine interessante Anwendung davon haben wir schon oben in der Lehre von den Korreal-Obligationen kennen gelernt (s. oben S. 104 fgg.).

2) Es können aber aus einem solchen Vertrage auch **Verbindlichkeiten** für einen Dritten entstehen, und zwar sind hier folgende Fälle zu bemerken:

a) Wenn ein **Hauskind** Schulden kontrahirt, so kann deßhalb unter Umständen gegen den Vater Klage erhoben werden, nämlich im Falle eines Befehls, wegen Konzession eines peculium (profecticium) und wegen versio in rem, vgl. Bd. I. §. 240 fgg.

b) Wenn ein **Mandatarius** in Folge des Auftrags Verbindlichkeiten übernimmt, so konnte ursprünglich nur in den Fällen der actio *exercitoria* und *institoria*, später aber allgemein mittelst der actio *quasi institoria* gegen den Geschäftsherrn geklagt werden, vgl. darüber unten §. 661.

c) Wenn ein **Vormund** in vormundschaftlichen Angelegenheiten Verträge abschließt, so kann daraus nach beendeter Vormundschaft mittelst einer actio utilis gegen den gewesenen Pflegling geklagt werden, l. 4. §. 1. de evict. (21, 2), l. 12. §. 1. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 8. quando ex fact. tut. (26, 9), l. 18. §. 2. ut legator. (36, 3), l. 3. C. quando ex fact. tut. (5, 39), l. 26. C. de adm. tut. (5, 37). Hätte sich der Vormund dabei eines Dolus schuldig gemacht, so haftet der Mündel nur, soweit er bereichert ist, l. 15. pr. de dol. mal. (4, 4), l. 3. §. 1. de trib. act. (14, 4), l. 13. §. 7. de act. emt. vend. (19, 1), l. 3. quando ex fact. tut. (26, 9).

d) Hierher gehört auch der Fall der l. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26), wornach unter Umständen derjenige, welcher einen Vertrag mit dem negotiorum gestor Jemandes abgeschlossen hat, unmittelbar gegen den dominus negotiorum Klage erheben kann (s. oben §. 243).

e) Wenn ein Miteigenthümer den übrigen sociis verspricht, daß er innerhalb bestimmter Zeit nicht auf Theilung dringen wolle, so ist auch der Singular-Successor desselben an diesen Vertrag gebunden, l. 14. §. 3. comm. divid. (10, 3), l. 16. §. 1. pro soc. (17, 2).

f) Endlich gehören hierher auch die schon oben berührten Fälle, in denen ein durch die Majorität der Gläubiger abgeschlossener Nachlaß- oder Stundungs-Vertrag auch für die Minorität bindend ist, vgl. §. 583. und §. 586.

B. Mittelbare Wirkungen.

a) Verpflichtung zur Gewährleistung.

aa) Gewährleistung wegen heimlicher Mängel. §. 609.

Dig. XXI. 1. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris, Cod. IV. 58. de aediliciis actionibus. — Glück XX. S. 1 fgg. und die dort S. 14. Not. 51. Angeff. (unter denen besonders *Donell.*, comm. ad tit. de aedil. edicto, in opp. X. p. 1293 sqq. hervorzuheben ist), Neustetel in dessen und Zimmern's römisch-rechtl. Untersuchungen Nr. 9. S. 155 fgg., Unterholzner im ziv. Arch. VI. 3. S. 60 fgg., Gesterding in der Gießer Zeitschrift VI. 1. (auch in dessen Ausb. von Nachforsch. Bd. VI. Abth. 2. S. 1 fgg.), Kritz, Pandektenrecht Th. I. Bd. 3. S. 176 fgg. — Koch II. S. 422 fgg., Unterholzner II. S. 264 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 607 fgg., *Molitor* II. p. 70 sqq. p. 125 sqq.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Ajunt Aediles: *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit; eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset; quod ejus praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera familiae procuratorisve ejus factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias*

intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuncianto; ex his enim causis judicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus. — Vgl. auch noch *Ulp.* l. 25. §. 9. eod.: Praeterea in Edicto adjicitur sic: *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data fuerit, non reddetur, cujusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.*

2) *Idem* l. 38. pr. §. 5. eod.: Aediles ajunt: *Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit; utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine restituendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus. Si jumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur. — Quae de jumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto.*

3) *Gai.* l. 28. eod.: Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

4) *Ulp.* l. 1. §. 2. eod.: Causa hujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatar, ignorantia venditoris an calliditate.

Anm. Was das Verhältniß des Aedilitischen Edikts zum Zivilrechte anbelangt (vgl. darüber bes. *Donell.*, Neustetel

und Unterholzner a. d. aa. OO. und außerdem Herm. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 86 fgg.), so kommen dabei folgende Hauptpunkte in Betracht.

I. Das Aedilitische Edikt verpflichtet den Verkäufer nur, wegen vitia *corporis*, und wegen einiger wenigen im Edikte besonders genannten (vgl. T. 1.) vitia animi einzugestehen, während die übrigen zahlreichen Fehler der letztren Art schlechthin durch das Edikt nicht berührt werden, l. 1. §. 9—11, l. 2. 3. 4. pr. §. 1—4, l. 65. h. t. Viel umfassender ist dagegen die Verpflichtung nach Zivilrecht, indem darnach der Verkäufer nicht weniger wegen sämmtlicher vitia animi, wie wegen vitia corporis haftet, l. 1 §. 9. 10, l. 4. pr. §. h. t. Zu bemerken ist jedoch, daß von dieser ganzen Unterscheidung zwischen vitia corporis und animi nur bei Sklaven die Rede ist, indem die Unarten und Tücken der Thiere als vitia corporis behandelt, und demnach allerdings unter das Aedil. Edikt subsumirt werden, obwohl dies unter den römischen Juristen nicht unbestritten war, l. 4. §. 3, l. 38. §. 9, l. 43. pr. h. t., *Harmenop.* III. 3. 63. Die von Neustetel a. a. O. besonders wegen Harmenop. cit. vertheidigte Meinung, daß bei Seelenfehlern von Thieren unterschieden werden müsse, ob sie dem Gebrauch im Wege ständen oder nicht, wornach dann im ersteren Falle die actio redhibitoria, im zweiten aber nur die actio quanti minoris Statt finde, widerspricht eben so sehr der Natur der Sache, als den Justinianischen Rechtsquellen, vgl. dagegen bes. Unterholzner S. 70 fgg. Not. 27.

II. Während in Beziehung auf die zu prästirenden Fehler das Zivilrecht weiter geht, als das Edikt, verhält sich dies umgekehrt in Betreff der subjektiven Voraussetzungen. Nach Zivilrecht steht nämlich der Verkäufer für Fehler der verkauften Sache blos dann ein, wenn er dies besonders versprochen, oder wenn er dieselben wissentlich verschwiegen hat, vgl. bes. Cic. de offic. III. 16. 17. Die Aedilitischen Klagen dagegen sind vollständig auch dann begründet, wenn der Verkäufer nichts von den Fehlern wußte, vgl. T. 4, denn das Edikt setzt nichts voraus, als daß sich Fehler vorfinden, welche der Verkäufer nicht angezeigt hat. — Freilich läßt sich nicht in Abrede stellen, daß in unsern Quellen auch die Kontraktsklage (die actio emti) in solchen Fällen erwähnt wird, in denen der Verkäufer nichts von den Fehlern wußte, vgl. bes. l. 13. pr. §. 1 de act. emt. (19, 1), und Neustetel a. a. O. S. 160 fgg. hält sich deßhalb für berechtigt, anzunehmen, daß auch schon nach früherem Zivilrechte der mit den Fehlern unbekannte Verkäufer verhaftet gewesen, und die actio quanti minoris nicht eine Aedilitische, sondern vielmehr eine Zivilklage sei, eine actio *emti* quanti minoris. Die richtigere, besonders von Unterholzner und Keller a. d. aa. OO. ver-

theidigte Meinung ist aber vielmehr die, daß die Neuerungen des Aedilitischen Edikts später durch Vermittelung der römischen Jurisprudenz auch auf die zivilen Kontraktsklagen übertragen wurden, was ja namentlich bei einer actio bonae fidei sehr leicht anging, „ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire“, l. 31. §. 20. h. t., und daß dieß wirklich der Gang der Rechtsbildung war, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß die actio emti, sofern sie gegen den venditor ignorans angestellt wird, sich unverkennbar eng an die Bestimmungen des Aedilitischen Edikts anschließt. Denn nicht nur, daß die Kondemnation in solchem Falle nicht auf das ganze Interesse, sondern nach dem Vorbild der actio qu. minor. nur auf die *vera rei aestimatio* geht, l. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1) vgl. l. 45. de contr. emt. (18, 1), so ist von dieser actio emti auch nur dann die Rede, wenn die verkaufte Sache gerade mit ediktmäßigen Fehlern (vitia corporis) behaftet ist, und wenn Fehler anderer Art vorliegen, so kann die Kontraktsklage blos gegen den dolosen Verkäufer gebraucht werden, l. 1. §. 9. 10, l. 4. pr. §. 4. h. t., l. 13. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1). Finden wir nun hiernach, daß die actio emti gegen den ignorans venditor gänzlich der Aedilitischen actio qu. minor. nachgebildet ist, und folglich dabei nicht die Grundsätze des Zivilrechts, sondern des Aedil. Edikts in Anwendung kommen, so kann es keinen Anstand finden, daß auch in solchen Beziehungen, die nicht speziell in den Gesetzen genannt sind, wie namentlich in Beziehung auf Verjährung, die Aedilitischen Prinzipien dabei Platz greifen müssen. Vgl. auch Sintenis II. S. 607 fg. Anm. 79, S. 611 fgg. Anm. 99, Schäffer in Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 269 fgg., Windscheid Voraussetzung S. 111 fgg.

III. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Zivilrechte und dem Aedilitischen Edikte betrifft die Wirkungen der Klagen. Die actio emti geht nämlich begreiflich nie auf etwas Andres, als auf Schadensersatz, sei es nun, nach dem unter der vorigen Nummer Bemerkten, daß dabei das gesammte id quod interest, oder nur die vera rei aestimatio in Betracht kommt. Ganz anders dagegen nach dem Aedilitischen Edikte. Darnach kann zwar der Käufer allerdings auch auf Schadensersatz — obwohl dann doch immer nur auf die vera rei aestimatio — klagen, wenn er nämlich die actio qu. minor. s. aestimatoria gebraucht; aber es kann auch der Käufer, wenn er es vorzieht, die Auflösung des ganzen Vertrags herbeiführen, vermittelst der actio redhibitoria, und diesen letztren Zweck kann er, wie gesagt, niemals unmittelbar durch die actio emti erreichen. Wenn dennoch Ulpian in l. 11. §. 3. de act. emt. vend. (19, 1) sagt:

„Redhibitionem quoque contineri emti judicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus",

so darf dies nicht so aufgefaßt werden, daß der Käufer mit der actio emti unmittelbar auf Redhibition klagen könne, sondern der wahre Sinn ist nur, daß möglicher Weise auch im Gefolge der auf das Interesse gerichteten actio emti eine Auflösung des Vertrags erfolgen könne, wenn nämlich der ganze Handel wegen des vom Verkäufer verheimlichten Fehlers für den Käufer völlig unnütz wird, und also sein Interesse nur eben dadurch gewahrt werden kann, daß der Handel wieder rückgängig gemacht wird, gerade so, wie ja selbst auch in Folge der ästimatorischen Klage möglicher Weise eine Redhibition eintreten kann, l. 25. §. 1. de exc. rei judic. (44, 2):

Julian. „Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur quanti minoris homo, quum veniret, fuerit; ***nam posterior actio etiam redhibitionem continet***, ***si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit***",

l. 43. §. 6. h. t.; vgl. auch oben S. 294. — Noch wird in l. 44. §. 1. h. t. eine anderweite spezielle Verschiedenheit zwischen der Kontraktsklage und den Aedilitischen Klagen bemerklich gemacht. Während nämlich dann, wenn mehrere Verkäufer vorhanden sind, die actio emti immer nur gegen die Einzelnen nach Maaßgabe ihres Sozietäts-Antheils angestellt werden kann, dürfen die Aedilitischen Klagen auch gegen Einen von ihnen angestellt werden, sofern nur dessen Antheil nicht kleiner ist, als der der Uebrigen. Freilich läßt sich wegen der singulären vom Juristen zugefügten ratio viel dafür sagen, daß dies nur eine Eigenheit für den Fall sei, wenn der Verkauf von einer Gesellschaft von Sklavenhändlern (venaliciarii) ausgeht „nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est". S. jedoch auch Ribbentrop, Korreal-Obl. S. 161 fgg.

IV. Die Aedilitischen Klagen finden nur bei dem Kaufgeschäfte Statt, l. 63. h. t.:

Ulp. „Sciendum est, ad ***venditiones solas*** hoc Edictum pertinere",

und außerdem noch bei dem, dem Kaufe in so vielen Beziehungen sich anschließenden Tauschvertrag, l. 19. §. 5. h. t., l. 2. de rer. permut. (19, 4), aber nicht auch bei andren Kontrakten, vgl. l. 62. 63. h. t. Die Kontraktsklage kann dagegen wegen heimlicher Mängel unbedenklich bei allen contractus bonae fidei zur Anwendung kommen, wobei nur zu beachten ist, daß dabei nur die Grundsätze des Zivilrechts entscheiden, und eine Einwirkung der Aedilitischen Prinzipien in keiner Weise nachgewiesen werden kann.

V. In Betreff der Gegenstände ist im neuern römischen Rechte kein Unterschied mehr zwischen dem Zivil- und dem Aedilitischen Rechte. Obwohl nämlich das Edikt selbst blos von Sklaven und Vieh sprach, so wurden doch die Grundsätze desselben auf alle Arten von Sachen, bewegliche wie unbewegliche, angewandt, l. 1. pr. h. t.:

Ulp. „Labeo scribit, edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse, *tam earum quae soli sint*, *quam earum*, *quae mobiles aut se moventes*",

l. 63. eod.:

Ulp. „Sciendum est, ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, *non tantum mancipiorum*, *verum ceterarum quoque rerum*",

vgl. l. 49. eod. (fundus pestilens), l. 6. §. 4. de act. vend. (vas non integrum), l. 13. pr. eod. (tignum vitiosum), l. 4. C. h. t. (fundus pestibilis). Ganz abweichend ist die Ansicht von Gans im ziv. Arch. II. S. 112 fgg. Indem er davon ausgeht, daß schon das ältere Zivilrecht für Grundstücke wesentlich dasselbe verordnet habe, was durch das Aedilitische Edikt für Sklaven und Vieh bestimmt sei, so daß also das Edikt sich nur als eine Ausdehnung des Zivilrechts charakterisire, hält er es für sich von selbst verstehend, daß diese Ausdehnung nicht wieder durch die römischen Juristen habe ausgedehnt werden können; und wenn es doch in l. 1. pr. h. t. heiße, das Edikt handle de venditionibus rerum tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes, so sei dies auch ganz richtig; die *res soli* seien das ursprüngliche, schon durch das Zivilrecht normirte Objekt gewesen, die *res se moventes* seien die Sklaven und das Vieh, wovon ja das Edikt unmittelbar spreche, und die *res mobiles* seien von den Pekulien und Accessionen der Sklaven und Grundstücke zu verstehen. Richtig verstanden spreche also die l. 1. cit. durchaus nicht von einer Ausdehnung des Edikts, eben so wenig, wie die l. 49. h. t. und l. 4. C. h. t., in welchen Stellen man „spaßhaft genug" eine Ausdehnung des Edikts erblicken wolle, während sie umgekehrt das enthielten, woran sich das Edikt erst angereiht habe. „Das kurze praktische, noch heute höchst wichtige Resultat dieser historischen Untersuchung sei nun das: die redhibitorischen Klagen gehen nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebst ihren Accessionen und Pertinenzien". Abgesehen davon, daß Gans wichtige Quellenzeugnisse ganz ignorirt, wie namentlich die so sprechende l. 63. h. t., und daß er offenbar das wahre Verhältniß des Aedilitischen Edikts zum Zivilrechte gänzlich verkennt: so ist auch die Interpretation, die er von der l. 1. cit. gibt, so augenscheinlich verkehrt, daß eine ernstliche Widerlegung fast lächerlich sein

würde; vgl. auch Neustetel S. 210 fgg., Thibaut im ziv. Arch. V. S. 350 fgg., Unterh. a. a. O. S. 76 fgg. — Wenn nun jetzt auch Alle, ungeachtet der Einwendungen von Gans, zugeben, daß das Edikt auf alle Arten von körperlichen Sachen auszudehnen sei, so hat doch neuerlich Busch im ziv. Arch. XXVI. S. 225 fgg. nachzuweisen versucht, daß eine solche Ausdehnung nicht unbedingt geschehen dürfe, sondern bei andren Sachen, als Sklaven oder Vieh könne der ignorans venditor nur dann wegen heimlicher Mängel angegriffen werden, wenn seine *ignorantia* unentschuldbar sei. Eine unbedingte Ausdehnung des Edikts sei nämlich darum unmöglich, weil dasselbe ja bei Sklaven und Thieren bestimmte Fehler einzeln aufgeführt habe, was doch unmöglich bei andern Sachen zu dem Satze habe führen können, daß bei ihnen der Verkäufer für alle Fehler verantwortlich sein solle. Da nun aber doch die römischen Juristen bei jenen ediktmäßigen Fehlern der Sklaven und Thiere den Grund der aedilitischen Vorschriften in einer unentschuldbaren ignorantia des Verkäufers gesucht hätten — „nec est hoc iniquum, *potuit enim ea nota habere venditor*", l. 1. §. 2. h. t. —, so könne man für andere Sachen auch nur im Falle einer solchen unentschuldbaren Unwissenheit analoge Anwendung vom Edikte machen. Offenbar geht aber Busch von der völlig irrigen Voraussetzung aus, daß bei Sklaven und Thieren nur bestimmte einzelne Fehler ediktmäßig seien. Dies ist nämlich nur bei vitia *animi* der Fall — von denen ohnedies bei leblosen Sachen keinerlei analoge Ausdehnung denkbar ist —; für vitia *corporis* stellt aber sowohl das Edikt für Sklaven, als das für Thiere, ohne irgend einzelne vitia besonders zu nennen, den ganz allgemeinen Grundsatz auf, daß der Verkäufer deßhalb verantwortlich sein solle; und dieser ganz allgemeine Grundsatz muß dann unbedenklich auch auf leblose Sachen angewendet werden. Nur versteht es sich von selbst, daß dieselben Schranken, welche bei Sklaven und Vieh durch die römische Doktrin angenommen wurden, auch bei leblosen Sachen Platz greifen müssen; und so muß also namentlich ein wirkliches *vitium*, nicht etwa blos ein Mangel einer guten Eigenschaft vorliegen, und dieses vitium muß auch relevant, also auf den Gebrauch der Sache von Einfluß sein; und hält man diese Schranken fest, so heben sich dadurch auch von selbst die praktischen Bedenken, welche Busch S. 228 fgg. gegen die unbedingte Anwendung des Edikts auf andre Sachen vorbringt. Vgl. auch H. Keller in Sell's Jahrbb. III. S. 345 fgg.

VI. Eine eigne, dem Zivilrecht fremde Bestimmung enthält das Edikt in Betreff der *ornamenta* der Thiere, l. 38. pr. h. t.:

„utique [jumenta] optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur; si quid ita factum non erit, de orna-

mentis restituendis jumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta — — — judicium dabimus"; vgl. l. 38. §. 11. eod. Man hat neuerlich diese Worte so auslegen wollen: wenn durch aufgelegte Zierrathen dem Thiere ein besseres Ansehen gegeben worden ist, so muß gewährt werden, daß es wirklich so beschaffen ist, wie es erscheint, und geschieht dies nicht, so kann der Käufer darauf klagen, daß ihm der durch den künstlichen Schein entstandene Schaden vergütet (— das sollen die Worte: *de ornamentis restituendis* bedeuten! —), oder daß der Handel wieder rückgängig gemacht werde; vgl. Mühlenbruch, Lehrb. §. 400. bei Not. 18, und Keller a. a. O. S. 132 fgg. S. 138. S. 152. Not. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß diese Auslegung eben so sehr mit den Worten der Aedilen im Widerspruch steht, als sie zu ganz unpraktischen Resultaten hinführt, denn wie soll wohl der Werth des durch die Auflegung der Ornamente künstlich hervorgebrachten Scheins taxirt werden können? Der wahre Sinn jener Worte ist augenscheinlich der: wenn dem Thiere zur Zeit, als es verkauft wurde, besondre Zierrathen aufgelegt waren, so gelten diese als Zubehör, und müssen dem Käufer mit übergeben werden; geschieht dies nicht, so kann derselbe innerhalb 60 Tagen, entweder auf Nachlieferung jener Zierrathen, oder auf Redhibition Klage erheben. Wenn Neustetel S. 202. die Worte: de ornamentis restituendis etc. so auslegen will: „innerhalb 60 Tagen soll das Geschirr, wenn es schlechter geliefert worden ist, zurückgegeben, auch zugleich innerhalb dieser Frist deßhalb das Lastthier redhibirt werden können", und wenn er diese Auslegung durch die Bemerkung rechtfertigen will, daß *restituere* niemals so viel als *tradere* bedeute: so ist dies ein offensichtliches Mißverständniß, vgl. auch Unterholzner S. 85. Not. 49. Sollte unsere Auslegung noch einer besondern Stütze bedürfen, so kann dafür Basil. XIX. 10. 34. bei Heimb. II. p. 309. (nach Fabrot. XIX. 10. 8. tom. II. p. 400.) angeführt werden, wo der Inhalt des Edikts nach der völlig treuen Uebersetzung Heimbachs so lautet: „Qui jumenta vendit morbos eorum vitiaque dicat, *et ornatum vendendi causa iis impositum praestet.* Qui hoc non facit, *de ornamentis praestandis* (*εἰς μὲν τὸ δοῦναι τὸν κόσμον*), vel de jumentis *ornamentorum non datorum nomine* recipiendis intra dies sexaginta convenitur"; vgl. auch *Eustath.* cap. 14. nr. 4. bei Zachar. p. 147.

VII. Eine andere eigenthümliche Vorschrift des Aedil. Edikts ist die, daß der Käufer eines Sklaven vom Verkäufer die *stipulatio duplae* verlangen kann, d. h. der Verkäufer muß dem Käufer versprechen, daß er das Doppelte ersetzen wolle, wenn sich ediktmäßige

Fehler an dem Sklaven vorfinden sollten; l. 14. C. de act. emt. vend. (4, 49):

Dioclet. et *Maximian.* „Emtor servorum recte de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse aut noxa solutos repromitti sibi recte postulat";

vgl. l. 31. de evict. (21, 2) und nach l. 37. §. 1. fin. de evict. (21, 2) hat es den Anschein, daß diese durch das Aedil. Edikt geforderte Kaution sich auch auf die Eviktionsleistung erstrecken muß, vgl. jedoch auch *Donell.* ad tit. de V. O. ad l. 5. nr. 27 sqq. (in opp. XI. p. 521 sqq.). Uebrigens kommt diese Kaution auch bei dem Viehverkauf vor, l. 11. §. 4. de act. emt. vend. (19, 1):

Ulp. „Animalium quoque venditor cavere debet, ea sana praestari, et qui jumenta vendidit, solet ita promittere: esse, bibere, ut oportet",

während eine weitere Erstreckung auf andre Sachen sich aus unsren Quellen nicht beweisen läßt. — Obwohl nun aber diese Kautionspflicht des Verkäufers entschieden eine Neuerung des Aedil. Edikts ist, so wurde sie doch durch die Doktrin insofern auch in das Zivilrecht übertragen, daß wegen Nichtleistung derselben auch die actio emti angestellt werden darf, l. 31. §. 20. h. t.:

Ulp. „Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, *etiam ex emto agi posse*, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire".

VIII. Endlich sind hier auch noch die wichtigen Verschiedenheiten zwischen dem Zivilrechte und dem Aedil. Edikte in Betreff der V e r j ä h r u n g s - Z e i t e n anzuführen. Das Edikt hat nämlich für die von ihm eingeführten Klagen ganz kurze Verjährungs-Zeiten vorgeschrieben. Wenn wegen heimlicher Mängel oder wegen besonderer Anlobungen geklagt wird, so soll die actio redhibitoria nur sechs Monate, die actio aestimatoria aber nur ein Jahr lang angestellt werden dürfen, l. 38. pr. h. t., l. 2. C. h. t.; wegen nicht abgelieferter ornamenta soll sowohl die actio redhibitoria als die actio de ornamentis restituendis nur innerhalb 60 Tagen gebraucht werden, l. 38. pr. h. t., und wegen verweigerter stipulatio duplae kann redhibitorisch nur innerhalb 2, ästimatorisch innerhalb 6 Monaten geklagt werden, l. 28. h. t. (T. 3). Dagegen ist aber bekanntlich die actio emti eine actio perpetua, und erlischt also erst durch Ablauf von 30 Jahren, und zwar muß dies unbedenklich auch überall da angenommen werden, wo dieselbe mit den Aedilitischen Klagen elektiv konkurrirt. Wo aber freilich die Grundsätze des Edikts auf die actio emti erst übertragen worden sind, wo also diese Klage nach Vorädilitischem Zivilrechte gar nicht begründet war, da

ist es gewiß konsequent, auch die Aedilitischen Verjährungszeiten bei der Kontraktsklage in Anwendung zu bringen, und demgemäß muß gewiß die actio emti, wenn sie gegen den *ignorans* venditor angestellt wird, auf die Zeit eines Jahres (vgl. oben Nr. II.), und wenn sie wegen verweigerter stipulatio duplae gebraucht wird (vgl. oben Nr. VII. a. E.), auf die Zeit von sechs Monaten beschränkt werden; s. auch Unterholzner a. a. O. S. 103, Keller a. a. O. S. 162 fgg.

bb) Gewährleistung wegen Eviktion. §. 610.

Dig. XXI. 2. de evictionibus et duplae stipulatione, Cod. VIII. 45. (44) de evictionibus. — Glück XX. S. 169 fgg. und die dort in Not. 23. zahlreich Angeff., Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. VI. Abth. 1. Nr. 4. S. 143 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 3. S. 101 fgg., Liebe in Weiske's Rechtslex. IV. S. 811 fgg., Müller, die Lehre d. röm. Rechts von der Eviktion Bd. I. Halle 1851. — Koch II. S. 363 fgg., Unterholzner I. S. 288 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 624 fgg. *Molitor* II. p. 70 sqq. p. 93 sqq. — Ueber die wesentlich hier eingreifende litis denunciatio vgl. Dernburg in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 1. fgg. bes. S. 19 fgg. und vorzüglich Fuchs, die Lehre von der Litisdenunziation Marb. 1855. (auch im Arch. für prakt. Rechtsw. II. S. 337 fgg. III. S. 1 fgg.

Anm. 1. Wenn aus einem besondren Vertrage (bei den Römern gewöhnlich die stipulatio duplae) Eviktionsleistung gefordert wird, so muß natürlich principaliter die Fassung des Vertrags über den Inhalt der Verbindlichkeit entscheiden, und namentlich muß daraus auch beurtheilt werden, ob auch im Falle theilweiser Eviktion die Verbindlichkeit eintrete, vgl. l. 56. §. 2. h. t. Von besondrem Interesse ist aber hierbei noch die Erörterung Papinian's in l. 64. h. t., welche Stelle von jeher unsre Juristen beschäftigt hat, vgl. bes. *Donell.* ad tit. Dig. de eviction. cap. 7. i. f. (in opp. X. p. 1369 sqq.), *Cujac.* Obss. lib. XXVI. C. 37. und Comm. in libr. VII. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. IV. p. 155 sqq.), *Balduin* ad Papinian. de Evictionib. in Heinecc. jurispr. Rom. et Att. tom. I. p. 411 sqq., *Noodt* ad tit. de evict., in opp.

Lugd. Bat. tom. II. p. 470 sqq., *Callet.*, comm. ad tit. C. de evict. in append. ad leg. 6. (in Meerm. thes. II. p. 328 sqq.), *Waechtler* ad tit. Dig. de evict. ad h. l. (in opusc. rarior. ed. Trotz p. 139 sqq.), Glück XX. S. 332 fgg., Kritz S. 131 fgg., Liebe a. a. O. S. 819 fgg., *Meykow* de duplae stipulationis computatione. Dorp. 1847. Es werden dort folgende Fälle unterschieden:

I. Wenn die ganze Sache evinzirt wird, so muß immer der volle Betrag der Stipulationssumme, aber auch nur dieser von dem Auktor prästirt werden, mag nun die veräußerte Sache sich inzwischen vermehrt oder vermindert haben, l. 64. pr. cit.:

„Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit — — —. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta“.

Es erklärt sich dies leicht aus der Fassung der Stipulation, wornach ja der Verkäufer stets das Doppelte des ganzen Kaufpreises versprach, wenn der fundus evinzirt werden würde, und diese Bedingung ist eingetreten, obwohl vor der Eviktion eine Veränderung mit dem fundus vorgegangen ist.

II. Wenn nur ein ideeller Theil der veräußerten Sache evinzirt wird, so unterscheidet Papinian die drei Fälle, wenn die Sache vor der Eviktion kleiner, wenn sie größer, und endlich wenn sie auf der einen Seite kleiner, auf der andern größer geworden ist.

1) Für den ersten Fall, wenn die Sache vor der Eviktion sich verkleinert hat, lautet die Entscheidung so:

„„Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit; si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur, nam quod periit, damnum emtori, non venditori attulit“.

Diese Worte lassen eine doppelte Auslegung zu. Die erste von den meisten Interpreten allein angeführte und gebilligte Interpretation geht darauf hinaus: Wenn A. an den B. ein Grundstück von 1000 Joch verkauft hat, hiervon nachher 200 Joch abgeschwemmt, und dann andre 200 Joch pro indiviso (also der vierte Theil) evinzirt werden, so braucht A. nicht den vierten, sondern nur den fünften Theil der Stipulationssumme zu prästiren, d. h. er braucht nicht für 250, sondern nur für 200 Joch einzustehen, weil doch nur diese wirklich evinzirt sind. Daß diese Auslegung, an und für sich betrachtet, völlig genügend, und mit den Worten in voller Uebereinstimmung ist, läßt sich nicht in Abrede stellen. Erwägt man

aber, daß Papinian in den beiden folgenden §§en voraussetzt, daß der fünfte Theil des veräußerten fundus evinzirt wird, und es in hohem Grade unwahrscheinlich ist, daß er unnöthiger Weise mit seinem Beispiel gewechselt haben sollte, und erwägt man ferner, daß er in augenscheinlicher Beziehung auf die Worte des princ.: „pro parte quinta, non quarta praestabitur" im §. 2. sagt: „ut neque pars quinta, neque quarta debeatur", welcher Parallelismus ganz unpassend sein würde, wenn im princ. und im §. 2. die Eviktion ganz verschiedener Quoten vorausgesetzt würde: so dürfte eine andre Interpretation den Vorzug verdienen, die zu denselben praktischen Resultaten führt, wie die vorher angegebene, wobei aber die bemerkten Bedenklichkeiten gehoben werden. Diese andre Auslegung ist folgende: A. verkauft an den B. ein Grundstück von 1000 Joch, welches ihm aber nur zu ⅘ gehört, während ⅕, also *ducenta jugera pro indiviso*, im Miteigenthum des X. stehen. Dem Käufer gehen 200 Joch durch Abschwemmung verloren, und nun evinzirt X. seine ducenta pro indiviso, also sein Fünftheil, wodurch er also begreiflich jetzt, nach der Abschwemmung, nur einen Anspruch auf 160 Joch erhält. Da die Eviktion auf ein Fünftheil des Ganzen geht, so lag der Gedanke nahe, daß der Auktor auch ein Fünftheil der ganzen Stipulationssumme leisten, also für 200 Joch — d. i. ein Viertheil des fundus, wie er jetzt nach der Abschwemmung ist — einstehen müsse. Aber diesen Gedanken verwirft Papinian, weil doch blos ein Fünftheil des jetzigen fundus wirklich evinzirt sei, und so brauche dann auch der Verkäufer nur für ein Fünftheil desselben, also für 160 Morgen einzustehen, „duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta (*scil. DCCC. jugerum*) praestabitur". Diese Auslegung wird namentlich von *Balduin.* cit. vertheidigt, der aber in Folge davon — wie ich glaube, ohne dringenden Grund — eine Emendation für nöthig hält, indem er nämlich Statt: „si postea pro indiviso CC. evincantur" lesen will: „si postea pro ind. CLX. evincantur", und ebenso finde ich diese Interpretation auch bei Kritz a. a. O. — Daß beide Auslegungen ganz zu demselben praktischen Resultate führen, leuchtet von selbst ein, denn nach beiden gleichmäßig ist der Gedanke Papinian's, daß der Auktor bei theilweiser Eviktion nur für soviel einstehen muß, als wirklich evinzirt ist, und eine vorausgehende Verkleinerung der Sache blos dem Käufer schadet. Weßhalb aber Papinian so entschieden hat, während doch im Falle der gänzlichen Eviktion der Verkäufer auch für das vorher zu Grunde gegangene einstehen muß (s. vorher bei Nr. I.), davon liegt der Grund, wie schon oben angedeutet wurde, eben darin, weil die Fassung der Stipulation, im Falle gänzlicher Eviktion für die Berücksichtigung theilweiser Verminderung oder Verschlechterung keinen

Spielraum ließ, während sich dies anders verhält, wenn blos theilweise Eviktion eintritt und die Stipulation auch auf den Fall solcher theilweisen Eviktion gerichtet ist. — Andre Ansichten über unsre Stelle bedürfen keiner besondren Widerlegung. Die Konjektur von *Noodt* cit., welcher lesen will: „duplae stipulatio *pro parte quarta*, *non quinta* praestabitur", beruht auf offenbarem Mißverständniß, und die Auslegung von Meykow a. a. O. S. 20 fgg. ist auf die wunderliche Idee gegründet, daß bei Fungibilien und bei Grundstücken partes pro indiviso auch in der Weise vorkämen, daß man an einer bestimmten Quantität eines Ganzen, ohne reelle Ausscheidung derselben, ein Eigenthumsrecht haben könne, z. B. an 10 Maas Wein in einem gefüllten Ohmfasse, an 10, nicht reell abgegrenzten Morgen eines größeren Grundstücks, und von einer solchen pars pro indiviso sollen in unsrer Stelle die jugera „pro indiviso ducenta" verstanden werden! Daß Cujacius, welchen Meykow p. 23 als Gewährsmann für seine Auslegung anführt, diese neue Gattung eines condominium pro indiviso nicht kennt, braucht wohl kaum bemerkt zu werden; dieser vertheidigt an den angeff. OO. nur die erste der oben angedeuteten Auslegungen, obwohl allerdings nicht mit seiner gewöhnlichen Schärfe des Ausdrucks.

2) In l. 64. §. 1. geht Papinian auf den zweiten Fall über, wenn die veräußerte Sache sich inzwischen vergrößert hat:

„Quodsi modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor".

Zu dem verkauften Grundstück von 1000 Joch sind also vi fluminis noch 200 Joch zugeschwemmt, und hierauf evinzirt X sein Fünftheil. Obgleich durch diese Eviktion 240 Joch pro indiviso dem Käufer verloren gehen, so kann die actio ex stipulatu doch nur auf ein Fünftheil der Stipulationssumme gerichtet werden, d. h. der Auktor braucht blos für 200 Joch einzustehen, offenbar weil nur eben diese 200 von den in der Stipulation allein enthaltenen 1000 Joch evinzirt sind, und die andren 40 zu den später hinzugekommenen, und in der Stipulation nicht mitbegriffenen 200 Joch gehören.

3) Den kombinirten Fall, wenn die veräußerte Sache sich auf der einen Seite vergrößert, auf der andren vermindert hat, behandelt Papinian l. 64. §. 2. cit.:

„Quaesitum est, si mille jugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte

auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi".

Diese Entscheidung bietet nicht die mindeste Schwierigkeit. Aus dem vorher bei Nr. 1. und 2. Bemerkten folgt nämlich von selbst, daß bei der Eviktionsleistung in Folge der duplae stipulatio, zwar wohl auf die Verminderung, aber nicht auch auf die Vergrößerung Rücksicht genommen, daß also Alles so gehalten wird, wie wenn blos die erstre, und nicht auch die letztre vorgekommen wäre. Sind also von dem verkauften Grundstück von 1000 Joch auf der einen Seite 200 Joch abgeschwemmt, auf der andern aber 200 Joch zugeschwemmt, und es wird nachher der fünfte Theil (also 200 Joch pro indiviso) evinzirt, so braucht der Auktor doch nicht für die vollen 200, sondern nur für 160 Joch einzustehen, weil nur diese 160 auf die 1000 kommen, die allein in der Stipulation begriffen sind, während die noch weiter evinzirten 40 zu den, in der Stipulation nicht begriffenen, zugeschwemmten 200 Joch gehören, „pro rata novae regionis esse intelliguntur".

III. Wird ein reeller Theil der veräußerten Sache evinzirt, so wird die Eviktions-Summe begreiflich nicht nach dem Verhältniß des evinzirten Theils zum Ganzen, sondern nach der besondren Güte und Beschaffenheit desselben bemessen, l. 64. cit. §. 3:

„Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio",

vgl. l. 1, l. 13. 14. 15. pr. h. t., und zwar nach der besondren Qualität zur Zeit des Verkaufs, nicht etwa zur Zeit der Eviktion, l. 14. h. t. Natürlich leidet aber diese Regel eine Ausnahme, wenn nicht das Ganze uno pretio verkauft, sondern der Preis für je die einzelnen Theile bestimmt worden ist, l. 53. pr. h. t.:

Paul. „Si fundo tradito pars evincatur, si singula jugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerunt, evicta sint". —

IV. In gar keiner unmittelbaren Verbindung mit dem Vorhergehenden stehen die Erörterungen Papinian's in l. 64. cit. §. ult.:

„Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset".

M. E. haben diese Worte folgenden Sinn. Wenn ein Grundstück von zwei Morgen im Miteigenthum von zweien steht, so daß also Jeder nur einen Morgen pro indiviso hat, und der Eine von ihnen verkauft und tradirt einen Morgen dieses Grundstücks, so geht doch blos die Hälfte des tradirten Morgens in das Eigenthum des Käufers über, nicht anders, wie auch nur die Hälfte übergehen würde, wenn irgend ein anderes reelles Stück (nicht gerade ein Morgen), oder das ganze Grundstück tradirt worden wäre. Vgl. auch die Glosse ad h. l. Die Meinung von Cujac. l. c., welcher annimmt, daß der Morgen *pro indiviso* tradirt worden sei, scheint mir völlig unhaltbar, da nicht einzusehen ist, weßhalb unter dieser Voraussetzung nicht der ganze, sondern nur ein halber Morgen auf den Erwerber übergehen sollte, und zu erwähnen, aber nicht zu wiederlegen ist endlich auch noch die zwar sehr leichte, aber doch gewiß verkehrte Textveränderung („Sed partem dimidiam juger*um*"), welche Meykow cit. p. 47. vorschlägt, und die zwar scharfsinnige, aber ganz willkürliche, und aus innern und äußeren Gründen verwerfliche Konjektur von Neustetel im ziv. Arch. VII. S. 214 fgg., welcher unsre Stelle so emendiren will: „Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit. Secundum omnium sententias, *si* non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, *est* quemadmodum" etc. Der Sinn wäre darnach folgender: „Es besitzt Jemand an einem fremden Grudstück einen Morgen pro indiviso, und verkauft und tradirt denselben an einen Dritten. Wenn sich nachher zeigt, daß sein wirklicher Antheil nur einen halben Morgen pro indiviso betrug, und er also auch nur das Eigenthum von einem halben Morgen an den Käufer übertragen hat, so soll in Betreff der Eviktion Alles so gehalten werden, wie wenn das ganze Grundstück oder ein reelles Stück desselben verkauft, und dann ein Theil davon evinzirt worden wäre".

Anm. 2. Es ist eine von jeher sehr bestrittene Frage, ob auch der Schenker zur Eviktionsleistung verpflichtet sei? vgl. die Literatur bei Thibaut, ziv. Abhandl. Nr. 4. S. 48 fgg. und Glück XX. S. 257 fgg. Abgesehen von den Fällen, wenn der Schenker die Eviktionsleistung besonders versprechen, oder sich eines Dolus schuldig gemacht hat, worüber natürlich kein Dissens herrscht, haben sich insbesondre drei verschiedene Meinungen geltend gemacht. Manche sprechen nämlich den Schenker von jeder Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung frei, eine Meinung, die in unsren Tagen besonders von Thibaut a. a. O. vertheidigt worden ist, vgl. auch Unterholzner II. S. 524, Koch II. S. 368 fgg. Not., Göschen §. 399, Schilling, Lehrbuch III. §. 361. Not. ff. u. fgg. Viele Aeltere unterschieden dagegen nach dem Vorgang der Glosse zwischen

Schenkungen, denen ein Versprechen vorherging, und solchen, die sogleich durch datio vollendet wurden; während in letzterem Falle von Eviktionsleistung keine Rede sein könne, finde dieselbe allerdings im ersteren Statt, arg. l. 1. C. de jure dot. (5, 12). Die meisten Neueren endlich wollen, besonders nach dem Vorgange von *Koch*, de evictione non indistincte praestanda. Jen. 1756, 2da edit. Giess. 1774, zwischen einer donatio *speciei* und *generis* unterscheiden, und zwar bei der ersteren die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung ausschließen, bei der letzteren aber unbedingt annehmen. Die richtige Meinung geht gewiß dahin, daß der Schenker bei der donatio speciei unzweifelhaft von aller Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung befreit ist, bei der donatio generis aber zwar ebenfalls für wahre Eviktionsleistung nicht haftet, wohl aber ein anderes Individuum des versprochenen genus prästiren muß. Dieser letzterwähnte Unterschied ist aber sehr bedeutend, denn griffe eigentliche Eviktonsleistung Platz, so müßte nicht nur ein eben so gutes Individuum, wie das vorher geleistete, prästirt, sondern auch das volle id quod interest ersetzt werden, während der richtigeren Ansicht nach die vorige Leistung als gar nicht geschehen angenommen, und also nur irgend ein beliebiges Individuum des versprochenen genus geleistet wird. Es rechtfertigt sich aber diese Meinung nicht nur aus der Natur der Sache und den allgemeinen Prinzipien über obligatio generis, vgl. auch l. 38. §. 3. l. 72. §. 5. 6. de solut. (46, 3), sondern es kann dafür auch noch speziell die l. 46. de legat. I. in Verbindung mit l. 45. §. 1. 2. eod. angeführt werden. Nachdem nämlich Pomponius in der letzteren Stelle die Eviktionspflicht des Querirten bei einem Legate ganz in der vorher bemerkten Weise bestimmt hat:

„Heres *generaliter* dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem ejus non pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat. (§. 2.) Si vero *certus homo* legatus est, talis dari debet, qualis est", vgl. auch l. 108. §. 10. de leg. I., l. 29. §. 3. de leg. III., l. 58. h. t.,

heißt es in unmittelbarem Zusammenhange hiermit in der sich daran anschließenden l. 46:

„*Quae de legato dicta sunt, eadem trensferre licebit ad eum, qui vel Stichum* (also eine Spezies) *vel hominem* (also ein Genus) *dari promiserit*".

Diese Stelle mit Thibaut a. a. O. S. 62. von solchen Stipu-

lationen zu verstehen, die einem onerosen Geschäfte hinzugetreten seien, ist abgesehen von allem Andren, schon darum unzuläßig, weil bei solchen Geschäften der Auktor jedenfalls auch bei einer versprochenen Spezies Eviktion leisten müßte, während dies doch in l. 46. cit. in Abrede gestellt wird, und eben so verwerflich ist auch der Ausweg, welchen Thibaut später zur Beseitigung dieses Gesetzes ergriffen hat, daß nämlich der Grund der Entscheidung wohl blos in dem Worte *dare* gelegen habe, welches Wort die Römer sehr spitz genommen, und als den Ausdruck behandelt hätten, wodurch man ganz und gar unbedingt die Eigenthums-Uebertragung angelobt habe! s. Braun's Erörtr. S. 202. Wenn endlich Unterholzner a. a. O. Not. c. und Schilling cit. Not. gg. die l. 46. cit. blos von der *cautio legatorum servandorum causa* verstehen wollen, so fehlt es einer solchen willkürlichen Beschränkung an jedem haltbaren Grunde. Ganz unbeweisend sind auch die Stellen, worauf Thibaut besonders seine oben angeführte Meinung stützen will, vgl. *Paul.* rec. sent. V. 11. §. 5, l. 18. §. 3. de donat. (39, 5), l. 48. de R. V. (6, 1), l. 131. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 2. C. h. t., denn nicht nur, daß dieselben offenbar von dem regelmäßigen Falle einer donatio *speciei* sprechen, so würden sie auch, wenn sie wirklich allgemeiner redeten, doch nichts gegen die richtige Ansicht beweisen, da ja darnach auch selbst im Falle einer donatio generis von einer wahren Eviktionsleistung keine Rede ist, vgl. auch Schweppe in seinem jurist. Magaz. Bd. I. S. 145 fgg., Glück XX. S. 256 fgg. und die dort in Not. 55. Angeff., Bucher, Recht der Forderungen S. 212 fgg., Wening §. 360, Mühlenbruch §. 441, Liebe Stipulat. S. 153 fgg. und im Rechtslex. IV. S. 826 fg., Puchta Vorles. zu §. 362 a. E.; Sintenis II. S. 543 Anm. 5, Fuchs Lit. Denunz. S. 84. fgg. u. A. m. — Die ältere, oben referirte Meinung, wornach zwischen promissio und datio unterschieden werden soll, beruht lediglich auf der hierbei offenbar ganz unanwendbaren Analogie der Grundsätze über evictio dotis (vgl. darüber oben Bd. I. §. 217. Anm. 2.) und hat daher mit Recht unter den neueren Juristen keine Vertheidiger mehr gefunden.

Die hier dargestellten Grundsätze über die Eviktionsleistung bei Schenkungen müssen der richtigen Ansicht nach vollständig auch bei remuneratorischen Schenkungen zur Anwendung kommen, und wenn dennoch viele Aeltere a. M. sind, vgl. z. B. die bei Glück XX. S. 241. Not. 37. Angeff., so hatte dies nur seinen Grund in den sehr verbreiteten Irrthümern über die Natur solcher remuneratorischer Schenkungen, s. darüber oben Bd. I. §. 125. Anm.

Anm. 3. Ob und inwieweit der Verkäufer eines Grundstücks verhaftet sei, wenn auf demselben Realservituten lasten, von denen keine An-

zeige gemacht worden ist, ist auch noch h. z. T. sehr bestritten. Das versteht sich freilich von selbst, daß wenn der Verkäufer ausdrücklich erklärt hat, er verkaufe das Grundstück „frei von allen Lasten" (nach der Geschäftssprache der Römer: „fundus optimus maximusque"), er wegen aller Servituten ersatzpflichtig ist, l. 59. de contr. emt. (18, 1), l. 75. h. t., l. 90. 169. de V. S., und dasselbe ist unbestritten auch dann der Fall, wenn er die Servituten gekannt und dieselben arglistig dem Käufer verheimlicht hat, l. 1. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), l. 69. §. 5. h. t. Wenn sich aber Servituten vorfinden, ohne daß ein besonderes Versprechen oder ein Dolus des Verkäufers vorhanden ist, so behaupten die Meisten nach dem Vorgang der Glosse ad l. 59. de contr. emt., daß zwar eine eigentliche Eviktionsleistung und ein Anspruch auf volles Interesse nicht begründet sei, wohl aber mit der actio quanti minoris auf Minderung des Kaufpreises geklagt werden dürfe, vgl. z. B. *Cujac.*, Obss. II. 20. Comm. ad Tit. Dig. de V. O. ad l. 38. §. 3. [in opp. I. p. 1188], Tract. 6. ad Afric. ad l. 46. de evict. (in opp. I. p. 1376), *Balduin.*, jurisprud. Muc. ad l. 59. de contr. emt. (in Heinecc. jurisp. Rom. et Att. I. p. 539), *Callet.* ad tit. C. de evict. cap. 5. nr. 4. (in Meerm. thes. II. p. 337), *Giphan.* ad l. 38. de V. O. in Lect. Altorf. p. 827 sqq., *Huber*, Praelect. ad tit. Dig. de evict. nr. 7. p. 1086, *Meyer* colleg. Argentor. ad tit. de evict. nr. 6, p. 1211 sqq., *Lauterbach* colleg. theor. pract. ad tit. de act. emt. vend. nr. 14, *Cocceji*, jus civ. controv. ad tit. de act. emt. vent. qu. 6 und 7, Westphal, vom Kauf §. 233, Neustetel in sein. und Zimmern's römisch-rechtl. Untersf. S. 216 fgg. Gesterding a. a. O. S. 174 fgg., Kritz a. a. O. S. 137 fgg. Wening, Lehrb. §. 361, Schilling Lehrb. III. §. 291 Not. q. fgg. Andere aber nehmen an, daß in solchem Falle der Verkäufer gar nicht verpflichtet sei, vgl. z. B. *Cujac.* ad tit. Dig. de contrah. emt. ad l. 59 in opp. VII. p. 718 sqq. (der hier seine frühere abweichende Meinung zurücknimmt), *Duaren.* ad tit. Dig. de V. O. ad l. 38. §. 3. in opp. Francof. 1598 p. 741, *Donell.* ad tit. de evict. cap. 6. nr. 8 sqq. in opp. X. p. 1358 sqq., Thibaut, Syst. §. 485, Mühlenbr. §. 400, Göschen §. 400, H. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 97 fgg., Sintenis II. S. 625 fgg. Anm. 145, Müller a. a. O. S. 196 fgg., *Molitor* II. p. 70 sq. p. 96 sq.; s. auch Seuffert's Arch. VII. 163. Einige Wenige endlich wollen unterscheiden zwischen solchen Servituten, die sich schon aus der Lage und äußern Erscheinung des Grundstücks gleichsam von selbst verstehen („quae tacite secutae sunt") und solchen, die willkürlich aufgelegt seien, denn während für die ersteren der Verkäufer nicht einzustehen brauche, müsse dies allerdings in Betreff der

letztern behauptet werden, Schöman, Handb. II. S. 114 fgg., Unterh. II. S. 269. Not. f., Holzschuher Theorie und Kasuistik II. 2. S. 327 fgg.

Ich trage kein Bedenken, mich der zweiten der angeführten Meinungen anzuschließen, daß nämlich der Verkäufer wegen sich vorfindenden Realservituten zu keinerlei Entschädigung verpflichtet ist, wenn er nicht ihr Vorhandensein arglistig verhehlt, oder ihr Nichtvorhandensein besonders versprochen hat. Mit klaren Worten wird dieser Grundsatz ausgesprochen in l. 59. de contr. emt. (18, 1):

> *Cels.* „Qum venderes fundum, non dixisti: *ita ut optimus maximusque*, verum est, quod Q. Mucio placebat, *non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere.* Idem et in urbanis praediis dicendum est",

vgl. auch l. 90. l. 169. de V. S. Offenbar ungereimt ist die Auslegung der Glosse ad h. l., wornach unsre Stelle von einem Falle verstanden werden soll, in welchem der Verkäufer erklärt habe, nicht für Servituten einstehen zu wollen, so wie wenn Celsus statt: non dixisti, ita ut optimus rel. gesagt hätte: dixisti, ita ut non optimus rel., und ganz unzuläßig ist auch der von den meisten Gegnern gewählte Ausweg, daß hier der Jurist nur die Klage auf das volle id quod interest, aber nicht auch die actio quanti minoris habe ausschließen wollen. Neustetel S. 226. gibt daher auch zu, daß die l. 59. cit. in offenem Widerspruch mit seiner Theorie stehe, meint aber, dieselbe enthalte nur eine ältere, durch die spätere römische Doktrin verdrängte Ansicht, und dürfe daher blos als ein s. g. historisches Fragment angesehen werden; aber auch der Ungrund dieser, schon an sich sehr mißlichen Meinung wird von selbst aus den folgenden Bemerkungen hervorgehen, indem zu zeigen ist, daß von einer Meinungs-Verschiedenheit früherer und späterer römischer Juristen in Betreff unserer Frage keine Spur in den Quellen vorkommt, und also noch weniger von dem angeblichen Triumph der gegnerischen Meinung die Rede sein kann. — Nicht weniger bestimmt geht unser Grundsatz aus l. 75. h. t. hervor:

> *Venulej.* „Quod ad servitutes praediorum adtinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Q. Mucius et Sabinus existimant, *venditorem ob evictionem teneri non posse;* nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo jure, quod tacite soleat accedere, nisi *ut optimus maximusque esset,* traditus fuerit fundus, tunc enim liberum ab omni servitute praestandum; si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum, tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est Q. Mucii sententia, ut qui optimum maximumque

fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo concessum sit".

Freilich glaubt Neustetel S. 218 fgg. auch die erste Hälfte der Stelle von Aktiv-Servituten verstehen zu dürfen, so daß ihr Sinn der wäre: „Kommt der Käufer durch die Uebergabe stillschweigend in den Besitz von aktiven Prädialservituten, die ihm nachher entrissen werden, so kann er keine Entschädigungs-Forderung wegen der Eviktion aufstellen, weil überhaupt der Verkäufer wegen der Rechte, die auf den Käufer stillschweigend mit übergehen, keine Gewähr zu leisten braucht", und da nach dieser Auslegung begreiflich die Worte: nisi ut optimus bis ab omni servitute praestandum schlechterdings nicht in den Zusammenhang passen würden, so ist nach seiner Meinung „keinen Augenblick zu bezweifeln, daß der ganze Beisatz eine unverständige Glosse ist, die, wie so oft geschehen, dem Originaltexte untergeschoben wurde"! Die richtige und auch von allen übrigen Interpreten adoptirte Ansicht ist aber unzweifelhaft die, daß der Jurist bis zu den Worten: si vero emtor von passiven, und erst in den folgenden Worten von aktiven Realservituten redet, und zwar ist der Sinn der ersten, uns hier allein interessirenden Hälfte der: „wenn Realservituten stillschweigend (d. h. ohne daß sie besonders angezeigt worden sind) auf den Käufer übergegangen sind, und dieselben werden nachher von dem berechtigten Dritten geltend gemacht, so darf der Käufer keine Eviktionsleistung fordern, weil diese überhaupt nicht in Betreff solcher Rechte Statt findet, welche, wie die Realservituten ganz gewöhnlich und regelmäßig vorkommen, so daß es deßhalb herkömmlich ist, dieselben nicht besonders namhaft zu machen („in eo jure, quod tacite soleat accedere"), und nur, wenn ausdrücklich ein fundus optimus maximusque versprochen worden ist, muß auch die Freiheit von Realservituten gewährt werden". Wenn übrigens Schöman und Unterholzner citt. ihre oben angegebene Mittelmeinung hauptsächlich auf unsere l. 75. cit. basiren, so beruht dies auf einer augenscheinlich falschen Deutung der Worte: si tacite secutae sunt und: quod tacite soleat accedere. — Ferner darf auch zur Bestätigung unsres Grundsatzes noch auf l. 66. pr. de contrah. emt. (18, 1) hingewiesen werden:

Pompon. „In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut ususfructus ejus; *quaedam ita demum, si dicta sunt, veluti viam, iter actum aquaeductum praestatum iri;* idem et in servitutibus praediorum urbanorum".

Freilich lassen die hervorgehobenen Worte eine doppelte Auslegung zu. Möglicher Weise können dieselben nämlich auf Gewährung von aktiven Servituten bezogen werden, und unter dieser Voraussetzung

würde die ganze Stelle für unsere Frage völlig indifferent sein. Aber nicht weniger zuläßig ist die Annahme, daß auch diese Worte eben so, wie die vorhergehenden, von passiven Servituten zu verstehen seien, unter welcher Voraussetzung dann ein Gegensatz zwischen Personal- und Real-Servituten, und damit unmittelbar unser obiger Grundsatz ausgesprochen wäre. Für diese letztre Auslegung ganz entscheidend sind aber die Worte: idem et in servitutibus praediorum urbanorum, welche nur dann wahren Sinn und Bedeutung erhalten, wenn der Jurist Personal- und Real-Servituten, aber nicht auch, wenn er aktive und passive Servituten einander gegenüber stellen wollte. — Endlich mag hier auch noch die l. 48. h. t. angeführt werden:

Nerat. „Quum fundus, *uti optimus maximusque est*, emtus est, et alicujus servitutis evictae nomine aliquid emtor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur" etc.

Offenbar wird hier die Klausel: uti opt. max. est als die Bedingung für die Eviktionsleistung wegen Servituten aufgefaßt, indem ohnedies die Erwähnung dieser Klausel völlig müßig und überflüßig sein würde, und so beweist denn auch diese Stelle, daß an und für sich der Verkäufer Realservituten nicht zu gewähren braucht.

Wir sehen, daß unser obiger Grundsatz in einer Reihe von Gesetzen unzweideutig anerkannt ist. Die gesetzlichen Argumente, die man dagegen vorgebracht hat, erscheinen in der That bei näherer Betrachtung als völlig unzulänglich. Zunächst beruft man sich auf l. 38. §. 3. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu *vel de quo alio jure* ejus, quod distractum est, palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure, quod habuit".

Bei den Worten: vel de quo alio jure gerade auch an Realservituten zu denken, gibt es jedoch keinen dringenden Grund, sondern man kann unbedenklich Pfandrecht, Emphyteuse, Superfizies hierher ziehen, und daraus erhellt von selbst, daß dieser ganz vage Ausspruch kein Argument abgeben kann gegen völlig bestimmte und unzweideutige Quellenzeugnisse. — Außerdem ziehen die Gegner eine Reihe von Gesetzen hierher, in denen gesagt ist, daß der ausdrückliche Vorbehalt des Verkäufers, „für etwaige Servituten nicht einstehen zu wollen", demselben nichts nütze, wenn er das Vorhandensein solcher Servituten gekannt und böslich verschwiegen habe, vgl. l. 69. §. 5. h. t., l. 17. §. 3. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 1. §. 1, l. 39. de act. emt. vend. (19, 1), und daraus folgert man dann weiter: da jene Kontraktsklausel dem wissenden Verkäufer nichts

nütze, und da nach unserer Ansicht der *ignorans* venditor schon ohne diese Klausel gar nicht hafte, so müßte darnach offenbar jener Vorbehalt als ganz leer und überflüssig angesehen werden; da aber hiervon jene Stellen nichts sagten, und dies auch schon darum ganz unglaublich sei, weil solcher Vorbehalt bei den Römern — wie aus der öfteren Erwähnung desselben geschlossen werden müsse — nichts Seltenes gewesen sei, so rechtfertige sich dadurch von selbst der Satz, daß allerdings der ignorans venditor für solche Servituten einstehen müsse, wenn er sich nicht durch jenen Vorbehalt von dieser Verbindlichkeit befreit habe. Diese nicht unscheinbare Argumentation fällt aber von selbst zusammen, wenn man die obigen Stellen in ihrem wahren Zusammenhange auffaßt. In ihnen soll nämlich nicht etwa die Bedeutung und Wirkung jener Kontraktsklausel dargestellt werden, sondern es wird da vielmehr der Grundsatz durchgeführt, daß arglistiges Verhehlen der Servitut den Verkäufer stets verantwortlich mache, möge dieser Dolus sich in einer Gestalt zeigen, wie er wolle, und möge der Verkäufer auch noch so sehr durch Verklausulirungen sich gegen die Folgen seines Dolus zu schützen gesucht haben, und so könne namentlich auch die Klausel — die wohl bei betrüglichen und bei übermäßig vorsichtigen Verkäufern öfter vorkommen mochte —, für etwaige Servituten nicht einstehen zu wollen, die Responsabilität des arglistigen Verkäufers nicht aufheben. Daß nach dieser Auffassung, deren Richtigkeit dem Unbefangenen nicht entgehen kann, aus jenen Stellen auch nicht entfernt gefolgert werden kann, daß der gutgläubige Verkäufer ohne jene Klausel für Realservituten einstehen müsse, versteht sich von selbst. — Ferner beruft sich Neustetel S. 230. auf l. 6. §. 3. comm. praed. (8, 4):

> *Ulp.* „Si in venditione quis dixerit, servas fore aedes, quas vendidit, necesse non habet liberas tradere",

denn „das daraus zu ziehende Argument liege offen vor: ohne die Verwahrung müsse der Verkäufer das Haus frei von Servituten übergeben". Hätte Neustetel die unmittelbar folgenden Worte: „quare vel suis aedibus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, scilicet ante traditionem" auch gelesen, so würde er leicht die Unhaltbarkeit seines Schlusses eingesehen haben; jene Klausel: *servas fore aedes* bezieht sich nämlich darnach nicht auf Servituten, die schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden sind, sondern der Verkäufer reservirt sich damit das allerdings singuläre Recht, noch nach dem Verkauf bis zur Tradition neue Servituten auflegen zu dürfen, und damit fällt das „offen vorliegende Argument" von selbst zusammen. — Endlich aber führen die Gegner noch besonders an l. 61. de Aed. edicto (21, 1):

> *Ulp.* „Quoties de servitute agitur, victus tantum debet prae-

stare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam",

und wohl auch l. 15. §. 1. h. t.:

Paul. „Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est",

in welcher letzteren Stelle man nach dem Vorschlag von *Cujac.* Obss. II. 20. Statt: *servus* lesen will: *servitus.* Aus diesen beiden Gesetzen, die von jeher als vorzügliche Stützen der gegnerischen Meinung angesehen worden sind, soll nämlich deutlich hervorgehen, daß der Verkäufer wegen evinzirter Realservituten nach den Grundsätzen des Aedilitischen Edikts mit der actio quanti minoris belangt werden könne, worin von selbst auch die Verpflichtung des *ignorans* venditor ausgesprochen sei. Man mag sich immerhin mit den meisten Interpreten (vgl. die Nachweisungen bei Schult. und Smallenb. ad h. l. tom. IV. p. 107.) die Konjektur von Cujacius in l. 15. §. 1. cit. gefallen lassen, da sie aus innern Gründen Vieles für sich hat, obwohl sie keineswegs nöthig ist, s. auch Müller a. a. O. S. 209. Anm. 65, aber die Argumentation der Gegner aus diesen Gesetzen ist sicher unhaltbar. In beiden Stellen ist nämlich auch nicht mit einem Worte davon die Rede, unter welchen Voraussetzungen wegen Servituten geklagt werden könne, sondern nur davon, worauf, wenn geklagt werden könne, die Klage zu richten sei, nämlich nicht etwa auf Aufhebung des Kontrakts, sondern auf das id quod interest, und gerade dies hätte allein schon hinreichen sollen, die völlige Unanwendbarkeit des Aedilitischen Edikts zu beweisen, denn warum hätte dann nicht auch die actio *redhibitoria* zugelassen werden sollen? Daraus geht aber auch von selbst hervor, daß man durch die verkehrte Aufnahme der l. 61. cit. in den Titel de Aedil. edicto, und durch den in beiden Stellen vorkommenden Ausdruck: quanti minoris sich nicht verleiten lassen darf, hier an die Aedilitische actio quanti minoris zu denken, sondern daß vielmehr nur von der auf das Interesse gerichteten Kontraktsklage die Rede ist, wie auch schon aus der völligen Gleichstellung des evinzirten Ususfruktus und der evinzirten Servitut in l. 15. §. 1. cit. hervorgeht, denn im Falle eines evinzirten Ususfruktus wird doch wohl Niemand an die Aedilitischen Klagen denken wollen! Beide Stellen beweisen also offenbar für die Verbindlichkeit des *ignorans* venditor nicht das Mindeste.

Läßt sich hiernach nicht wohl bezweifeln, daß die Gesetze wirklich einen wesentlichen Unterschied zwischen evinzirten Personal- und Real-Servituten, und bei den letzteren nur im Falle eines Dolus oder eines besondren Versprechens eine Verbindlichkeit des Verkäufers

zur Entschädigung annehmen, so fehlt es dieser gesetzlichen Theorie auch nicht an guten innern Gründen. Daß man nämlich bei dem Vorhandensein von Realservituten nicht das Aedilitische Edikt in Anwendung brachte, obwohl man dasselbe, wie in der Anm. zum vorigen §en nachgewiesen ist, weit über seine ursprünglichen Grenzen ausdehnte, rechtfertigt sich schon daraus, weil dasselbe schlechthin nur von vitia *corporis* redete, und ein fundus *serviens* doch gewiß keinerlei Aehnlichkeit mit einem kranken Sklaven oder Thier hat. Außerdem aber stand sowohl der Subsumtion unter das Aedilitische Edikt als auch der Anwendung der Eviktions-Theorie der entschiedene Umstand entgegen, auf welchen auch die l. 75. h. t., wenn man sie richtig versteht, hinweist, daß nämlich Realservituten der Natur der Sache nach etwas so regelmäßig Vorkommendes und durch Bedürfniß Gebotenes sind, daß man ihr Vorhandensein als eine ganz gewöhnliche Qualität, und ihr Nichtvorhandensein als einen besondren Vorzug eines Grundstücks betrachten muß, welch' letztrer Gedanke auch schon in dem technischen Ausdruck: fundus *optimus maximusque* klar hervortritt. Kommt nun noch hinzu, daß solche Servituten in den meisten Fällen keine wesentliche Belästigung des Eigenthümers mit sich führen, und daß, wo dies ausnahmsweise der Fall ist, der Verkäufer ohne augenscheinlichen Dolus nicht unterlassen kann, den Käufer damit bekannt zu machen: so kann gewiß die Theorie des römischen Rechts nichts anders, als sehr sachgemäß angesehen werden, wenn auch freilich die strenge Konsequenz, von dem Standpunkte des freien Eigenthums, als des normalen Zustandes, ausgehend, zu andren Resultaten führen würde. Ganz analoge und auch in den Gründen völlig übereinstimmende Entscheidungen kommen übrigens auch in Betreff der auf dem verkauften Grundstück lastenden Steuern und Abgaben vor; l. 21. §. 1, l. 41. de act. emt. vend. (19, 1), l. 9. C. eod. (4, 49).

Anm. 4. Wenn ein pactum *de non praestanda evictione* abgeschlossen wird, so ist soviel unzweifelhaft, daß, wenn dabei der Verkäufer in dolo versirt, indem er wissentlich eine fremde Sache verkauft, und dieses dem Käufer verschweigt, der Vertrag ihn nicht schützen, und die actio emti auf das volle Interesse gegen ihn angestellt werden kann, l. 6. §. ult., l. 11. §. 15. 16. 18. fin. de act. emt. vend. (19, 1). Für den Fall aber, wenn der Verkäufer in gutem Glauben ist, ist über die Wirkungen eines solchen Vertrags eine berühmte, und mit vieler Animosität durchgeführte Kontroverse entstanden. Die gemeine Meinung ging nämlich früher dahin, daß in einem solchen Falle zwar nicht das Interesse zu prästiren, wohl aber der empfangene Kaufpreis zurückzugeben sei, vgl. z. B. die vielen bei Glück XX. S. 301. Angeff. Gegen diese Ansicht trat vornehmlich

J. H. Böhmer in einer besondren Abhandlung auf: Vindiciae juridicae pacti de non praest. evict. contra communes errores. Hal. 1735. (auch in den Exercitt. ad Pand. tom. IV. exerc. 61.), und als *Alej*, veritas communis opinionis circa pactum de non praest. evict. contra novissimos Böhmeri errores vindicata. Heidelb. 1736. (auch in dessen Dissertt. acad. nr. 17.) höchst anzüglich die gemeine Lehre wieder vertheidigte, nahm sich *G. L. Böhmer* in der Schrift: Repetitae vindiciae pacti de non praest. evict. etc. Hal. 1737. (im Wesentlichen auch in der Praef. zum 4. Bande der Exercitt. ad Pand.), seines Vaters kräftig an, gegen welchen dann wieder insbesondere *Richter* de pacto evict. non praest. inutili. Lips. 1748. und *Müller* reiteratae vendiciae comm. opin. circa pact. de non praest. evict. Heidelb. 1760. auftraten. Alles kommt hier auf die Erklärung der l. 11. §. 18. de act. emt. vend. (19, 1) an, und darnach muß man bei unbefangener Betrachtung gewiß der Böhmer'schen Meinung beistimmen. Die Stelle lautet so:

Ulp. „Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare, et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro XV. Dig. scribit, etiamsi aperte venditor pronunciet, per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi; neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor numos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti quum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundnm supra a nobis relatam Juliani sententiam [vid. §. 15. 16. h. t.] dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit“.

Der Sinn dieses Fragments ist sicher folgender. Im Eingang, bis zu den Worten: ex emto non tenebitur stellt Ulpian den Satz auf: wenn Jemand stillschweigend ein pactum de non praestanda evictione dadurch abschließt, daß er nur verspricht, durch ihn und seine Successoren solle der Käufer nicht im Besitz gestört werden, so kann er wegen Eviktion durchaus mit keiner Klage belangt werden [und es kann also begreiflich auch von einer Rückforderung des Kaufpreises keine Rede sein]. In den folgenden Worten von *Sed Julianus* an bis zu den Worten ***pretium praestare necesse habebit*** führt Ulpian die entgegengesetzte Meinung Julian's an, welcher allerdings — obwohl zweifelnd — ein solches pactum de evictione non praestanda, mochte es stillschweigend in der von Ulpian bemerkten Weise, oder mochte es mit ausdrücklichen Worten abgeschlossen sein, so verstand, daß der Verkäufer dadurch nur von der Prästation des Interesse, nicht aber auch von der Rückgabe des Kaufpreises befreit sei, weil er es mit dem Wesen eines contractus bonae fidei für unverträglich hielt, daß der Käufer die Waare verlöre, und der Verkäufer den Kaufpreis behielte, man müßte denn etwa ein Kaufgeschäft mit einem derartigen Nebenvertrag wie einen Hoffnungskauf ansehen wollen. Gegen diese Meinung Julian's — welcher ihr Urheber selbst nicht recht traute, wie aus dem vom Hoffnungskauf entnommenen Zweifelsgrunde hervorgeht — erklärt sich nun aber Ulpian in den folgenden Worten: Sed in suprascriptis conventionibus etc., und wiederholt also hier den Satz, den er sogleich bei Beginn seiner Erörterungen aufstellte, indem er hier nur noch die Beschränkung hinzufügt, daß im Falle eines Dolus des Verkäufers allerdings die actio emti ungeachtet eines solchen pactum de evictione non praestanda gebraucht werden könne. (Der Vorschlag von Huschke in Gießer Zeitschrift N. F. IV. S. 284, in den Schlußworten Statt: *nisi* forte sciens zu lesen: *si* f. sc. beruht m. E. auf einem Mißverständniß). — Ueber die anderweiten Erklärungen der Gegner, die im Einzelnen freilich von einander abweichen, aber im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß Ulpian sich nicht gegen Julian erkläre, sondern vielmehr mit demselben übereinstimme, und in den Worten Sed in suprascriptis conventionibus rel. nur den aus der Analogie des Hoffnungskaufs hergenommenen Zweifel Julian's beseitigen wolle, s. ausführliche Erörterungen bei Glück XX. S. 301 fgg.; m. E. bedürfen sie keiner besondren Widerlegung. Wunderbar ist die Auffassung der Basiliken (bei Fabr. II. p. 388, bei Heimb. II. p. 288), indem sie Julian's und Ulpian's Meinung in der Weise kombiniren, daß, wenn ein stillschweigendes pactum de non praest. evict. abgeschlossen sei, d. h. wenn der Verkäufer nur versprochen habe, per se venientesque a se personas non fieri,

quominus emtor habere liceat", der Verkäufer zwar nicht das Interesse, aber allerdings das Pretium restituiren müsse, daß aber, wenn expressis verbis der Vertrag auf Nichtleistung der Eviktion gerichtet sei, selbst auch das Pretium nicht verlangt werden könne! — Daß gegen unser, aus der Natur der Sache und einer richtigen Auslegung der l. 11. §. 18. cit. entnommenes Resultat die Gemeinsprüche „Renunziationen sind strikt zu interpretiren", „pactionem obscuram vel ambiguam *venditori* nocere", „semper in obscuris, *quod minimum est*, sequimur", „Niemand dürfe sich mit dem Schaden eines Andern bereichern" u. dgl. m. nichts entscheiden können, versteht sich um so mehr von selbst, da auch noch andre gesetzliche Bestimmungen vollständig mit unsrem Grundsatze übereinstimmen; vgl. l. 68. pr. h. t., l. 10. 11. de her. v. act. vend. (18, 4), l. 14. C. fam. herc. (3, 36). Mit vollstem Rechte ist daher auch die Böhmer'sche Meinung h. z. T. ganz allgemein angenommen, vgl. z. B. Westphal, vom Kauf u. s. w. §. 336 fgg., Weber, Vers. über das Zivilr. S. 36 fgg., Haubtmannsberger, über die Gewährleistung S. 97 fgg., Glück XX. S. 296 fgg., Koch II. S. 416, Unterholzner I. S. 298, Bucher, Forderungen S. 216, Kritz S. 164 fgg., Thibaut §. 492. und in Braun's Erörtr. S. 209 fgg., Schweppe §. 443, Seuffert §. 271 b, Wening §. 365, Schilling III. §. 297 bei tt., Liebe Rechtsler. IV. S. 285 fg., Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. 2. S. 334, Arndts §. 303. Not. 6. u. A. m. Für die entgegengesetzte Ansicht haben sich jedoch wieder erklärt Mühlenbruch §. 397, Roßhirt §. 430. und *Molitor* II. p. 98 sqq.

Anm. 5. Eine ganz ähnliche Streitfrage, wie die in der vorigen Anm. behandelte, kommt für den Fall vor, wenn der Erwerber wissentlich eine fremde Sache an sich bringt, und ihm dieselbe nachher evinzirt wird. Während hier nämlich Viele von dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden Verzichts ausgehend, dem Käufer allen und jeden Anspruch auf Eviktionsleistung versagen, vgl. z. B. Haubtmannsberger, Gewährleistung S. 135 fgg. und die dort S. 136. in der Note Angeff., Glück XX. S. 228 fgg. und die dort S. 235. Not. 19. Zitirten, nehmen Andre an, daß der Erwerber zwar allerdings keinen Anspruch auf das Interesse habe, aber doch jedenfalls das Kaufgeld zurückverlangen könne, vgl. die Zitate bei Haubtmannsberger S. 141. Not. und bei Glück S. 229. Not. 2. Ich halte die erstere Meinung für die in den Gesetzen begründete, und namentlich wird dieselbe geradezu ausgesprochen in l. 27. C. h. t.:

Dioclet. et *Maxim.* „Si fundum sciens vel alienum vel obligatum comparavit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem.

Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur",

denn die öfter vertheidigte Auslegung, wornach die Worte: *quod eo nomine dedit* nicht von dem Kaufpreise, sondern von der dem evinzirenden Eigenthümer etwa gegebenen litis aestimatio und von den Prozeßkosten verstanden werden sollen, ist doch gewiß unzulässig. Außerdem wird aber jene Meinung auch bestätigt durch l. 7. C. comm. utriusque judic. (3, 38), wornach in einem solchen Falle nur dann eine Klage gegen den Auktor zugelassen wird, wenn der Erwerber sich ausdrücklich Eviktionsleistung hat versprechen lassen:

„Nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem solennitate verborum vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis";

vgl. auch arg. l. 57. §. 2. 3. de contr. emt. (18, 1), l. 4. §. 5. de dol. mal. exc. (44, 4). Die auf singulären Gründen beruhenden Verordnungen Justinian's in l. ult. §. ult. C. comm. de leg. et fideic. (6, 43), wornach derjenige, welcher wissentlich eine unter einer Bedingung legirte Sache vom Erben gekauft hat, und dem dann nach eingetretener Bedingung die Sache vom Legatar evinzirt wird, vom Erben allerdings den Kaufpreis fordern darf, und in Nov. 7. c. 5, wornach der, welcher eine Kirchensache wissentlich an sich bringt, doch den Kaufpreis von dem veräußernden Kirchenpfleger zurückfordern darf, können begreiflich eben so wenig unsern obigen Grundsatz umstoßen, als die im Grunde hierher gar nicht gehörige l. 1. C. si vendito pignore (8, 29), wornach dann, wenn ein Pfandgläubiger bei dem Verkauf der verpfändeten Sache mala fide zu Werke ging, und auch der Käufer in bösem Glauben dabei war, der Schuldner in subsidium, wenn vom Gläubiger nichts zu erlangen ist, die Sache vom Käufer wieder abfordern kann, vorausgesetzt, daß er den Kaufpreis mit Zinsen zu ersetzen bereit ist.

---

b) Verpflichtung zum Einstehen wegen s. g. laesio enormis. §. 611.

Glück XVII. S. 19 fgg. und die dort zahlreich Angeführten, v. Batz, Abhandl. Nr. 14 und 15, v. Weisseneck im ziv. Arch. IV. 8, *Dedekind*, de vera indole et vi laes. enorm. Gott. 1837, Strippelmann Entsch. d. O. A. G. zu Kassel II. S. 266 fgg., Madai in seinen und Bunge's theoret. prakt. Erörtr. Bd. I. H. 2. Nr. 5, Chambon Beiträge zum Oblig.

R. Bd. I. S. 111 fgg. — Unterholzner II. S. 245 fgg., Koch III. S. 590 fgg., S. 645 fgg., *Molitor* II. p. 161 sqq.

1) *Dioclet. et Maxim.* l. 2. C. de resc. vend. (4, 44): Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec demidia pars veri pretii soluta sit.

2) *Idem.* l. 8 eod.: Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidia emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emtori praestita servanda.

Anm. Die beiden hier abgedruckten Gesetze — die einzigen, welche im römischen Rechte von der s. g. laesio enormis reden — haben die Veranlassung zu sehr zahlreichen Streitfragen gegeben. Folgende Punkte kommen hierbei vorzüglich in Betracht:

I. Beide Reskripte reden augenscheinlich nur von dem Falle, wenn der Verkäufer eines Grundstücks enormiter verletzt ist, und noch h. z. T. ist es in der Theorie sehr bestritten, ob die Vorschrift der l. 2. cit. auf diesen Fall zu beschränken, oder ob sie auch auf den Käufer und auch auf bewegliche Sachen, und wohl auch auf andre onerose Verträge außer dem Kaufe auszudehnen sei. Die strengere Meinung stützt sich darauf, daß jene Reskripte offenbar ein jus *singulare* enthielten, denn auch im römischen Rechte sei der in der

Natur der Sache liegende Grundsatz anerkannt: „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“, l. 16. §. 4. de minor (4, 4), cf. l. 22. §. 3, l. 23. loc. (19, 2), l. 8. C. cit. (T. 2.), Nov. 97. c. 1; von diesem Grundsatze enthielten jene Reskripte eine Ausnahme, die schon nach allgemeinen bekannten Interpretations-Regeln keiner Ausdehnung fähig sei, und um so weniger ausgedehnt werden dürfe, da für dieselbe besondre Gründe sprächen, die in andren Fällen nicht vorhanden seien; denn dem verletzten Verkäufer Hülfe zu gewähren, läge freilich sehr nahe, weil nur zu häufig dessen Noth von dem gewinnsüchtigen Käufer benutzt werde, und die Beschränkung auf Grundstücke rechfertige sich von selbst, weil nur dabei der Regel nach von einer objektiv wirklich bedeutenden Rechtsverletzung die Rede sein könne; vgl. die bei Glück XVII. S. 27 fgg. S. 51. S. 121. Angeff., und unter den Neuern z. B. Batz a. a. O. S. 193 fgg., Weissenedt a. a. O., Schweppe, Hand. §. 444, Bucher, Recht der Fordr. §. 67, Wening §. 259. a. E. Göschen §. 505, Puchta §. 364, Madai a. a. O. §. 4, Schilling Lehrb. III. §. 300. Zus. S. 435 fg., Sintenis II. S. 639. Anm. 218, *Molitor* p. 162. Dagegen wenden aber Andre ein, daß es doch offenbar gegen die Natur eines judicium bonae fidei streiten würde, wenn man ein solches Geschäft, auch selbst dann aufrecht erhalten wollte, wenn die Verletzung in's Uebermäßige gehe, „quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur“, l. 3. C. comm. utriusque jud. (3, 38). Deßhalb sei auch schon vor jenen Reskripten die Reszision eines Vertrags wegen allzu arger Verletzung gestattet gewesen, vgl. l. 78. 79. pro soc. (17, 2), l. 16. und 17, l. 54. de contr. emt. (18, 1), l. 6. §. 2, l. 12. §. 1. de jure dot. (23, 3), und in diesem Sinne hätten denn auch jene Reskripte den einzelnen, gerade zur Begutachtung vorgelegten Fall entschieden, wenn Jemand einen fundus um zu geringen Preis verkauft, so daß als das wahrhaft Neue darin nur die Bestimmung zu betrachten sei, daß eine übermäßige Verletzung blos dann angenommen werden solle, „si nec dimidia pars veri pretii soluta sit“. Fasse man so dieses Reskript auf, so verstehe es sich von selbst, daß man darin nicht eine Singularität für den zufällig da entschiedenen Fall erblicken könne — wogegen auch noch besonders streite, daß die Kaiser sich bei ihrer Entscheidung auf einen offenbar weiter gehenden Grund berufen hätten („*humanum est*“) —, sondern man müsse gewiß den allgemeinen Satz aufstellen, daß eine Reszission propter laesionem enormem bei allen zweiseitigen Geschäften Platz greife, sofern nicht die individuelle Natur eines solchen Geschäfts dieselbe ausnahmsweise ausschließe, vgl. Glück an den oben angeführten Orten, und die vielen dort Zitirten, und unter den Neueren z. B. Thibaut

§. 500. Mühlenbruch §. 406, Roßhirt §. 426, Seuffert §. 272. Unterholzner und Koch citt., *Dedekind* cit. p. 15 sqq., Strippelmann cit. S. 267 fgg. und bes. Chambon a. a. O. Erwägt man, daß die Prämisse der letzteren Meinung, es sei schon dem älteren Rechte eine Reszission des Vertrags wegen schwerer Verletzung bekannt gewesen, völlig unsicher und zweifelhaft, und durch die dafür angeführten Pandektenstellen ganz und gar nicht bewiesen ist: so möchte theoretisch doch wohl die erstere, also die strengere Ansicht den Vorzug verdienen, und sehr beachtenswerth erscheint namentlich in dieser Beziehung auch noch der Umstand, daß im späteren römischen Rechte nach Diocletian, der in den zitirten Reskripten ausgesprochene Rechtssatz völlig ignorirt wird, indem in mehreren Konstitutionen von Konstantin und späteren Kaisern mit Bestimmtheit ausgesprochen wird, daß ein Verkauf, blos wegen zu geringen Preises, wenn nicht ein Dolus des Käufers hinzukomme, schlechthin nicht reszindirt werden könne, vgl. l. 1. 4. 7. C. Theod. de contr. emt. (3, 1). Dies erklärt sich sehr leicht, wenn wir annehmen, daß jene Reskripte Diokletian's nur eine singuläre Entscheidung dieses Kaisers enthielten, aber sehr schwer würde ein solches Ignoriren zu begreifen sein, wenn in jenen Reskripten ein Rechtssatz ausgesprochen wäre, der schon im älteren Rechte als jus commune anerkannt, und aus dem Wesen der judicia bonae fidei hervorgegangen wäre. Nur erst Justinian ist wieder zu jener singulären Entscheidung Diokletian's zurückgekehrt, indem er dessen Reskripte in seinen Kodex aufnahm, während er die oben angeführten abweichenden Verordnungen späterer Kaiser theils aus demselben wegließ (nämlich l. 1. und 7. C. Th. citt.), theils durch Interpolation mit Diokletian's Reskripten in Einklang brachte (nämlich bei l. 4. C. Th. cit., welche zwar als l. 15. C. J. de resc. vend. aufgenommen, wo aber statt vilioris pretii nomine gesetzt ist: *paullo* vil. pret. nom.). — Wenn nun hiernach der Interpret allerdings wohl die strengere Meinung als die richtigere annehmen muß, so ist doch von jeher die entgegengesetzte Lehre nicht nur von der Mehrzahl der Juristen vertheidigt worden, sondern diese hat auch, wie Alle anerkennen, seit der Rezeption des römischen Rechts eine völlig entschiedene Praxis für sich, und ich glaube nicht, daß man dieser Praxis bei der Rechtsprechung die Anerkennung versagen darf, da die Frage, worüber sie entscheidet, doch in keinem Falle zu den völlig unzweifelhaften und ausgemachten gehört, und sich überdies leicht nachweisen lassen dürfte, daß dieselbe nicht sowohl auf einem blosen theoretischen Irrthume beruht, als vielmehr einem fühlbaren Bedürfnisse des praktischen Lebens entgegen kommt. Glaubt man aber doch, trotz dieser Praxis, die allgemeine Anwendung der l. 2. cit.

leugnen zu dürfen, so muß man jedenfalls genau bei dem gesetzlichen Falle stehen bleiben, wenn der **Verkäufer** enormiter lädirt ist, und alle oft vertheidigten Mittelmeinungen sind sicher schlechthin zu verwerfen.

II. Ungeachtet der durch die Praxis angenommenen weiten Ausdehnung der l. 2. und l. 8. citt. muß man aber doch bei einigen zweiseitigen Geschäften die Reszission propter laesionem enormem ausschließen, wie namentlich aus begreiflichen Gründen bei der *emtio spei*, bei **gerichtlichen Theilungen**, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, und auch bei **Vergleichen** kann in der Regel keine Rede davon sein. Doch bedarf dieses Letztre noch einer etwas genaueren Betrachtung. Die weit meisten älteren und neuern Juristen gehen von dem Grundsatze aus, daß unser Rechtsmittel bei Vergleichen gänzlich ausgeschlossen sei, vgl. die bei **Glück** V. S. 90 fg. Not. 45 fg. Angeff., und die früher bisweilen vertheidigten Distinktionen zwischen laesio enormis und laesio enormissima, zwischen außergerichtlichen und gerichtlichen Vergleichen, vgl. **Glück** cit. Not. 43 fg., haben bei ihrer augenscheinlichen Haltlosigkeit keine nennenswerthe Verbreitung gefunden. Viel beachtenswerther ist jedenfalls die Meinung **Thibauts** Vers. II. Nr. 11, welcher nach dem Vorgange von *Cocceji* j. controv. II. 15. qu. 17. obj. II. unterscheidet, ob die Verletzung gerade in demjenigen vorkomme, was als ungewiß durch den Vergleich entschieden werden soll — in welchem Falle natürlich von einer Reszission wegen laesio enormis keine Rede sein könne —, oder in etwas andrem als gewiß vorausgesetzten, wie namentlich in dem Werth der Sache, worüber man sich vergleicht, oder des Objekts, womit eine Parthei abgefunden wird — in welchen Fällen eine Anfechtung des Vergleichs wegen laesio enorm. vollkommen statthaft sei. Wenn also z. B. A. mit B. über das Eigenthum einer Sache streitet, deren Werth von beiden Transigenten zu 50 Thaler angenommen wird, und sich durch Zahlung von 25 Thaler abfinden läßt, so stehe der reszissorischen Klage nichts im Wege, wenn sich nachher herausstelle, daß das streitige Objekt mehr als 100 Thaler werth sei, und eben so könne auch einer solchen Klage kein begründeter Einwand entgegengesetzt werden, wenn A. seine Ansprüche auf das streitige Hauptobjekt gegen Empfang einer andren Sache aufgebe, welche auf 1000 Fl. tarirt wird, während sie nicht einmal 500 werth sei. Auf der andren Seite könne auch der Abfinder dann wegen laesio enormis klagen, wenn die dem andren Transigenten hingegebene Sache mehr als das Doppelte des als gewiß angenommenen Werths betrage, und wenn A. und B. über ein Pferd, welches 70 werth sei, sich dahin vergleichen, daß A. dem B. eine Uhr in dem angenommenen Werth von 50 dafür überlasse, und es zeige sich, daß die Uhr 300

oder mehr werth sei, so könne der A. unzweifelhaft wegen übermäßiger Verletzung Klage erheben. Obwohl nun diese Ansicht, die auch in den früheren Auflagen dieses Lehrb. adoptirt ist, s. auch Chambon a. a. O. S. 174, unleugbar den allgemeinen Billigkeits-Ideen, welche die Praxis dem Rechtsmittel wegen laesio enormis zu Grunde legt, vollkommen entspricht: so muß man sich doch dagegen erklären. Soll das Recht der Anfechtung wegen übermäßiger Verletzung nicht ganz von seiner positiven Grundlage, der l. 2. C. cit., losgerissen werden, so muß dabei immer nothwendig die Schranke festgehalten werden, daß dieselbe nur dann Statt finden kann, wenn ein Kontrahent noch einmal so viel weggegeben, als er wieder empfangen hat (s. nachher bei III). Hält man aber diese Schranke fest, so ist von vorne herein klar, daß der Abgefundene niemals wegen laesio enormis klagen kann, denn das, was er weggibt — der ungewisse Anspruch — ist ja, wenigstens im Augenblicke des Vergleichs-Abschlusses, der allein in Betracht kommt, immer völlig unbestimmbar, und derselbe kann also unmöglich beweisen, daß er um das Doppelte mehr weggegeben, als empfangen habe. In den beiden, oben zuerst angeführten Beispielen ist demnach keine Reszission des Vergleichs zuläßig, denn mag auch die zur Abfindung ihm überlassene Sache nicht einmal halb so viel werth sein, als sie angeschlagen ist, oder mag umgekehrt die streitige Sache um mehr als das Doppelte den angenommenen Werth übersteigen: so hat ja doch A. niemals diese Sache, sondern immer nur seinen ungewissen, und eben darum unmeßbaren Anspruch auf die Sache aufgegeben; und da es demnach sehr wohl möglich ist, daß er gar kein Recht auf die streitige Sache hat, so kann er offenbar in keinem der beiden Fälle in Wahrheit behaupten, daß er um das Doppelte mehr aufgeopfert, als erhalten habe. Wenden wir aber den oben angedeuteten Grundsatz auf die Person des Abfinders an, so kann dieser allerdings dann, aber auch nur dann den Vergleich wegen laesio enormis anfechten, wenn der Werth des Abfindungs-Objekts um mehr als das Doppelte den Werth des Streitgegenstandes übersteigt, und demgemäß kann allerdings in dem dritten oben angeführten Beispiele Thibaut's der A. die Reszissions-Klage mit Grund anstellen, weil er 300 weggegeben und höchstens 70 dafür erhalten hat; wäre aber etwa die Uhr Statt 50 nur 110 werth, so würde Thibaut auch hier konsequent die Klage zulassen müssen, während sie der richtigen Ansicht nach in diesem Falle entschieden verworfen werden muß. Vgl. auch Seuffert Lehrb. §. 374, Bettinger über die laesio enormis bei dem Vergleiche S. 11 fgg., Risch, die Lehre vom Vergleiche. Erl. 1855. S. 233 fgg. — Wenn Viele (vgl. Glück XVII. S. 87. Not. 35.) der Meinung sind, daß auch bei öffentlichen Versteigerungen

die Reszission propter laesionem enormem hinwegfallen müsse, so ist dies ganz gewiß ungegründet, denn die Behauptung, daß sich ja bei einer solchen Versteigerung, wo das ganze Publikum konkurrire, der wahre Werth einer Sache aus dem höchsten Gebot ergebe, ist lächerlich, und eben so unwar ist es, daß in der Wahl einer solchen Verkaufsweise ein stillschweigender Verzicht auf das Rechtsmittel propter laesionem enormem enthalten sei. Gewiß mit Recht ist daher auch jetzt in Theorie und Praxis die umgekehrte Meinung vorherrschend, vgl. Glück S. 93 fgg. und die dort S. 93 und 97. Angeff., Thibaut §. 503, Wening §. 260, Unterholzner S. 248, Sintenis S. 640. Anm. 223, u. A. m. — Nimmt man überhaupt mit der Praxis die Vorschriften der l. 2. und l. 8. citt. als eine generelle Norm an, so ist endlich gewiß auch bei den Mieth- und Pachtverträgen kein genügender Grund vorhanden, die Anwendbarkeit jener Gesetze in Abrede zu stellen, und dagegen kann auch die l. 23. locati um so weniger angeführt werden, da daraus nur hervorgeht, daß nicht wegen jeder Verletzung ein Miethvertrag angefochten werden kann.

III. Wann eine laesio enormis vorhanden sei, ist in der l. 2. C. cit. sehr klar für den Verkäufer bestimmt, nämlich „si nec dimidia pars veri pretii soluta sit". Sehr viel ist aber schon über die Frage gestritten worden, wann eine laesio enormis des Käufers anzunehmen sei? Die Glosse nämlich und sehr viele Spätere (vgl. z. B. die bei Glück S. 35 fgg. Angeff.) nehmen an, der Käufer sei schon dann für enormiter verletzt zu halten, wenn er für eine Sache, die 20 werth ist, mehr als 30 gegeben habe, während nach der gewiß richtigeren Meinung nur dann von einer laesio enormis die Rede sein kann, wenn der Kaufpreis mehr als 40 beträgt. Es muß nämlich offenbar das einfache Prinzip aufgestellt werden, daß ein Kontrahent dann enormiter lädirt ist, wenn er nicht einmal die Hälfte von dem wieder bekommt, was er weggegeben hat, ein Prinzip, welches auch schon lange in der Theorie wie in der Praxis allgemein angenommen worden ist, vgl. Glück a. a. O. und die dort S. 38 fgg. Angeff., Batz a. a. O. S. 197 fgg., *Dedekind* cit. p. 21 sqq. und alle neueren Lehr- und Handbücher.

IV. Sind die Voraussetzungen der l. 2. cit. vorhanden, dann stellt der Läsus eine Klage an, die man freilich gewöhnlich die condictio ex l. 2. C. de resc. vend. nennt, und die man wohl auch gar schon für eine condictio indebiti, oder für eine in integrum restitutio, ja sogar für eine actio spolii gehalten hat, die aber doch wohl nichts anderes ist, als die Kontraktsklage, Glück S. 67 fgg., *Dedekind* cit. p. 27 sqq., und zwar wird dieselbe einfach darauf angestellt, daß der Kontrakt reszindirt werde. Der Lädens hat aber

23*

das Recht, statt dessen das justum pretium nachzuzahlen, d. h. begreiflich nicht etwa nur so viel, daß nur keine laesio enormis mehr vorhanden ist, sondern so viel, daß der Läsus den vollen wahren Werth, den die Sache im Augenblick des Verkaufs hatte, bekommt. Es ist also hier ein Fall einer s. g. *facultas alternativa* vorhanden, und dies muß denn auch namentlich die wichtige Folge haben, daß wenn die Sache bei dem Lädens ohne dessen Arglist untergegangen ist, das ganze Rechtsmittel wegfällt, während sich dies anders verhält, wenn das Objekt bei dem Läsus untergeht, denn hier muß demselben noch fortwährend die Klage wegen enormer Verletzung zustehen, ganz so, wie dies bekanntlich bei der actio redhibitoria der Fall ist, vgl. auch Glück S. 115 fgg. — An diesen Sätzen ist auch materiell durch das kanonische Recht, nämlich durch C. 3. und 6. X. de emt. et vend. (3, 17) durchaus nichts geändert worden, denn das Aeußerste, was man darin finden kann, ist, daß der Richter verpflichtet sein soll, seine Sentenz alternativ auf Reszission oder Rückzahlung des justum pretium zu richten, woraus aber doch gewiß nicht gefolgert werden kann, daß das kanonische Recht eine wahre alternative Obligation habe statuiren wollen, was eine äußerst eingreifende Veränderung sein würde. Doch haben diese Bestimmungen des kanonischen Rechts wenigstens das bewirkt, daß man in praxi gewöhnlich auch das Petitum im Klaglibell alternativ faßt, was streng genommen nicht gebilligt werden kann, Glück S. 71 fgg., *Dedekind* p. 35 sqq.

V. Daß die Klage wegen übermäßiger Verletzung nur gegen den Lädens selbst und dessen Erben angestellt werden kann, versteht sich von selbst, und die z. B. noch von Batz a. a. O. S. 202 fgg. vertheidigte Lehre, daß sie auch gegen einen dritten Besitzer gehe, beruht auf keinem nur irgend haltbaren Grunde. Vielmehr bleibt, wenn der lädirende Käufer eine Veräußerung vorgenommen hat, diese vollkommen giltig und unanfechtbar, und sogar die Klage gegen den lädirenden Käufer selbst muß in einem solchen Falle wegfallen, wenn nicht etwa die Veräußerung arglistig geschah, oder der Lädens durch dieselbe bereichert wurde, vgl. auch Glück S. 77 fgg., S. 112 fgg.

VI. Durch rechtsgiltigen Verzicht wird natürlich die Klage wegen enormer Läsion ausgeschlossen. Ob aber dieses Rechtsmittel auch dann wegfalle, wenn der Verletzte zur Zeit des abgeschlossenen Kontrakts nur weiß, daß er enormiter verletzt ist, ist sehr bestritten, vgl. Glück S. 81 fgg. Ich glaube, nach dem Geiste der Diokletianischen Reskripte, dies verneinen zu müssen. Wenn freilich der Verkäufer den wahren Werth der Sache kannte, aber bei dem Verkaufe beabsichtigte, dem Käufer einen Vortheil zuzuwenden, wie namentlich im Falle eines s. g. Freundeskaufs, so versteht es

sich von selbst, daß von Reszission eines solchen Vertrags keine Rede sein kann, weil hier mit dem Verkaufe eine Schenkung koinzidirt. Geschah aber die Veräußerung aus Noth, dann kann gewiß die blose Bekanntschaft mit dem wahren Werthe der Sache das Rechtsmittel wegen übermäßiger Verletzung nicht ausschließen, vgl. auch außer den bei Glück a. a. O. Not. 18. Angeff. z. B. noch Wening §. 259, Unterholzner S. 248, Sintenis S. 640. Anm. 223, Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. 2. S. 642 fg., *Molitor* p. 163 sq., Chambon a. a. O. S. 156 fgg. u. A. m. Doch sind freilich Viele a. M., vgl. z. B. Glück a. a. O. und die dort Angeff., Thibaut §. 503, Schweppe §. 444, Mühlenbruch §. 406. u. A. m.

---

4) Bestärkungsmittel der Verträge.

A) Im Allgemeinen. §. 612.

Koch II. S. 320 fgg., Unterholzner I. S. 63 fgg.

B) Insbesondere.

a) Von der arrha. §. 613.

Glück XVI. S. 91 fgg. und die dort in Not. 62. Angeff., *Zumbach*, de arrha contrahentium. Jen. 1828, Koch II. S. 329 fgg., Unterholzner I. S. 65 fgg., II. S. 869 fgg., *Molitor* I. p. 219 sqq., Savigny, Oblig. II. S. 267 fgg.

1) *Gai.* l. 35. pr. de contr. emt. (18, 1): Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quod sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio.

2) *Scaevola* l. 6. pr. de lege commissoria (18, 3): De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

3) *Justinian.* l. 17. fin. C. de fide instrument. (4, 21): — — Illud etiam adjicientes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emtione cujuscunque rei datae sunt sive in scriptis

sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emtione recedens datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.

b) Von der Konventionalstrafe. §. 614.

de Retes, praelect. ad tit. Dig. de V. O. Pars II. tract. 1. (in Meerm. thes. VII. p. 413 sqq.), *Lauterbach*, de poena conventionali. Tub. 1666. (in Diss. acad. III. 113), Glück IV. S. 529 fgg., *Kersten*, de poena conventionali. Lips. 1839, Liebe, Stipulation S. 303 fgg., Wolff, Mora S. 36 fgg., Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel V. 1. S. 58 fgg. — Koch II. S. 337 fgg., Unterholzner I. S. 247 fgg., Sintenis II. S. 111 fgg., *Molitor* I. p. 191 sqq., Savigny II. S. 272 fgg.

1) §. ult. J. de V. O. (3, 15) [16]: Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis incerta sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici poena debet: Si ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes? Sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda: Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?

2) *Justinian.* l. 12. C. de contr. v. comm. stipul. (8, 38): Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes, sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori vel alii, quem stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat, minime se posse ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit. Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis

fiet obnoxius, quum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

3) *Papinian.* l. 115. §. 2. de V. O.: Item si quis ita stipuletur: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* Pegasus respondit, non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret; idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem, et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coepit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* sed ita concepta sit stipulatio: *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?* quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur.

Anm. Wenn auch nicht verkannt werden kann, daß eine Pönalstipulation wesentlich die Natur eines **bedingten** Vertrags an sich trägt, und demgemäß wichtige dabei vorkommende Fragen, wie namentlich, unter welchen Voraussetzungen dieselbe statthaft, und wann die poena commissa sei? im Allgemeinen aus der Theorie der Bedingungen beantwortet werden müssen: so führt doch die ausschließliche Auffassung dieses Gesichtspunkts, wie sie z. B. bei Wolff a. a. O. vorkommt, zu nicht unbedeutenden Irrthümern. Es muß vielmehr darneben auch der andre Gesichtspunkt festgehalten werden, daß durch die Zufügung einer Konventionalstrafe eine andre Obligation gesichert werden soll, und aus diesem Zusammenhang des Pönalvertrags mit einer andren Obligation ergeben sich nicht unwichtige Resultate, wodurch mehrfach die reine Theorie der Bedingung unanwendbar gemacht wird. Man vergleiche auch nur z. B. l. 44. §. 5. und 6. de O. et A. (44, 7), und l. 115. §. 2. de V. O. (T. 3.), in welchen Stellen Paulus und Papinian die beiden Fälle scharf entgegensetzen, wenn blos ein einfacher bedingter Vertrag vorhanden

ist („Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?"), und wenn eine reine Obligation, und darneben ein Pönalvertrag abgeschlossen wird („Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?") — Es kommt hierbei noch insbesondre auf folgende Punkte an:

I. Eine Konv.-Strafe kann nicht blos bei giltigen Obligationen vorkommen — einerlei, ob klagbar oder nicht —, sondern selbst auch bei an sich ungiltigen, wie namentlich, wenn Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, oder sich für einen Dritten etwas versprechen läßt (s. oben S. 309 und 317). Ist jedoch die Erfüllung der prinzipalen Obligation unmöglich, so ist auch der Pönalvertrag ungiltig, l. 69. de V. O. (45, 1):

> *Ulp.* „Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis comittetur, quemadmodum *si quis Stichum mortuum dari stipulatus*, si datus non esset, poenam stipuletur",

und schon hierin zeigt es sich, daß nicht die reine Theorie der Bedingungen zur Anwendung kommt, denn darnach müßte offenbar in solchem Falle die Strafe umgekehrt sogleich fällig sein, da ja die s. g. negativ unmöglichen Bedingungen — wenn der Nichteintritt von etwas Unmöglichem zur Bedingung gesetzt ist — zu den conditiones necessariae gehören, und folglich das so bedingte Versprechen in der That ein unbedingtes ist (s. oben Bd. I. §. 93. Anm. 2. S. 154 fg.) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß ein Pönalvertrag auch dann ungiltig ist, wenn die durch den prinzipalen Vertrag übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt werden darf (wenn sie contra jus oder contra bonos mores geht), cf. l. 26. 35. 123. de V. O., und auch dann fällt die Konv.-Strafe hinweg, wenn gerade in dem Zufügen eines solchen Pönalvertrags und der dadurch bewirkten psychischen Nöthigung ein Verstoß contra bonos mores liegt, wie z. B. wenn einem Eheversprechen, einem Versprechen der Erbeinsetzung u. dgl. eine Pönalstipulation beigefügt ist, l. 61. pr., l. 134. pr. de V. O., l. 2. C. de inut. stip. (8, 39).

II. Die Größe der Konv.-Strafe hängt ganz von dem Belieben der Partheien ab, und braucht so wenig im Verhältniß zur Größe des principaliter zu leistenden Objekts zu stehen, daß unbedenklich auch das Doppelte, Dreifache u. s. w. als Strafe ausbedungen werden darf, l. 56. pr. de evict. (21, 2), cf. l. 32. pr. de recept. (4, 8), l. 38. §. 17. fin. de V. O. Die bisweilen vertheidigte Meinung, daß doch die oben §. 571. Anm. 4. S. 50 fgg. näher besprochene Verordnung Justinian's in l. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest prof. (7, 47) auch auf Konv.-Strafen bezogen werden müsse, und diese also das Doppelte nicht übersteigen dürften,

ist sicher unhaltbar. Allerdings aber ist insofern eine Beschränkung in Betreff der Quantität begründet, daß der Pönalvertrag dann, wenn er wegen verspäteter Lieferung von Fungibilien abgeschlossen wird, nicht zur Umgehung der Zinsgesetze, also zur Verschleierung eines Zinswuchers mißbraucht werden darf, l. 13. §. 26. de act. emt. vend. (19, 1), l. 9. pr. l. 44. de usur. (22, 1), l. 5. C. eod. (4, 32).

III. Die Konv.-Strafe ist dann, wenn ein Unterlassen versprochen war, natürlich im Augenblick des Entgegenhandelns verfallen. Besteht aber die durch die Strafe gesicherte Verbindlichkeit in einem positiven Thun, so muß unterschieden werden, ob eine Frist festgesetzt ist oder nicht.

1) Wenn eine Frist gesetzt ist, so ist die poena commissa im Augenblick der abgelaufenen Frist, l. 23. de O. et A. (44, 7), l. 12. C. de contr. stip. (T. 2). Dabei kommt auch gar nichts darauf an, ob der Debitor in Schuld ist oder nicht, vgl. bes. l. 77. de V. O.:

> *Paul.* „Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita“,

s. auch l. 9. de naut. foen. (22, 2), und nur bei solchen Pönalverträgen, welche zum Zweck der Rechtsverfolgung vor dem öffentlichen oder dem Schiedsrichter abgeschlossen werden, wird wegen unverschuldeter Verhinderung eine exceptio eingeräumt, l. 2. §. 1. sqq., l. 4. pr. §. 1. sqq. si quis caut. (2, 11), l. 21. §. 9. de recept. (4, 8), Unterh. S. 251, Wolff S. 19 fgg., S. 38 fgg. Wenn Manche, z. B. jetzt auch wieder Savigny a. a. O. S. 79 fgg., aus diesen letztren ganz speziellen Entscheidungen folgern wollen, daß überhaupt bei Geschäften, deren Charakter auf der bona fides beruhe, also h. z. T. immer, zur Verwirkung der Strafe die Verschuldung des Debitor vorausgesetzt werde, so halte ich dies für völlig unzulässig. Lag jedoch die Schuld der nicht rechtzeitigen Erfüllung an dem Kreditor, so versteht es sich von selbst, daß seiner Strafforderung eine exceptio doli entgegensteht, l. 1. §. 3. de eo, per quem fact. (2, 10), l. 23. §. 3, l. 40. de recept. (4, 8), l. 9. §. 1. de usur. (22, 1), l. 8. de naut. foen. (22, 2), l. 122. §. 3. de V. O. — Ist die Strafe einmal durch Ablauf der Frist verfallen, so kann spätere Erfüllung nur dann die Strafforderung abwenden, wenn der Gläubiger freiwillig die Zahlung annimmt, l. 23. pr. de recept. (4, 8), l. 23. de O. et A. (44, 7).

2) Wenn keine Frist gesetzt ist, so ist die Strafforderung dann begründet, wenn die Leistung nicht erfolgt, obwohl sie hätte erfolgen können, l. 115. §. 2. de V. O. (T. 3), und auch hier zeigt sich

wieder die Unanwendbarkeit der reinen Theorie der Bedingungen, denn darnach müßten nach dem bekannten Grundsatze, daß negative Bedingungen erst dann erfüllt sind, wenn es gewiß ist, daß ein factum contrarium nicht mehr vorkommen kann, die Strafforderung so lange in pendenti bleiben, als dem Debitor die Leistung des schuldigen Faktum noch möglich ist. Wirklich gilt dies auch, wenn die Stipulation, wie Papinian sagt, a conditione incipit, und so kann bei der Stipulation „si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?" nicht eher auf 100 geklagt werden, als bis die Hingabe des Sklaven unmöglich geworden ist, während bei dem eigentlichen Pönalvertrag: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?" wie gesagt, schon gleich dann die Strafe fällig ist, „postquam homo potuit dari". — Wenn Viele behaupten, es gehöre dazu auch Interpellation, so beruht dies auf der ganz falschen Voraussetzung, daß zur Fälligkeit der Strafe eigentliche Mora erfordert werde; jedoch läßt sich für einen, aber h. z. T. gewiß seltenen Fall dieses Erforderniß rechtfertigen, wenn nämlich bei einer Pönalstipulation der Gedanke zu Grunde läge, daß von dem Momente der poena commissa an die Hauptobligation sich auflösen, und nur noch der Pönalvertrag wirksam sein soll (vgl. unten IV. 1), denn hier kann diese translatio oder transfusio gewiß nicht eher eintreten, als bis der Gläubiger interpellirt hat, und diese Interpellation fruchtlos geblieben ist, arg. l. 24. quando dies legat. (36, 2). In allen übrigen Fällen kann auf Interpellation um so weniger etwas ankommen, da der Schuldner nach der richtigeren Ansicht auch dann, wenn der Gläubiger die Strafe einfordert, sich doch noch immer bis zur Litiskontestation durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit von Leistung der Strafe befreien kann, l. 21. §. ult., l. 22. 23. pr., l. 52. de recept. (4, 8), l. 122. §. 2. de V. O. (in welcher letztern Stelle man wohl gewiß nicht mit Vielen eine Singularität in favorem libertatis erblicken darf).

Für beide unter Nr. 1. und 2. bemerkten Fälle gilt aber noch die gemeinsame Bemerkung, daß nur vollständige Erfüllung den Anspruch auf die Strafe aufhebt, l. 47. de act. emt. vend. (19, 1), l. 5. §. 3. 4., l. 85. §. 6. de V. O., und nur dann kann theilweise Erfüllung auch theilweise die Strafe abwenden, wenn eine darauf gerichtete Absicht der Kontrahenten nachweisbar ist, vgl. l. 9. §. 1. si quis caut. (2, 11). Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Fälle, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger vorhanden sind, ergibt sich von selbst, vgl. auch oben S. 15. Nr. 3.

IV. Was die Wirkungen eines Pönalvertrags anbelangt, so ist hier zunächst

1) der Fall in's Auge zu fassen, wenn die Absicht der Kon-

trahenten darauf gerichtet ist, daß die Pönalstipulation nicht sowohl ein Accessorium einer andren obligatio, sondern vielmehr eine selbständige obligatio sein soll, die mit einer andren nur in der Verbindung steht, daß die Nichterfüllung dieser letzteren für sie als conditio beigefügt ist. Namentlich war dies bei den Römern dann der Fall, wenn sich Jemand in einer und derselben Stipulation eine gewisse Leistung, und für den Fall der Nichtleistung eine Strafe versprechen ließ, wenn also die Stipulation so lautete:" „Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?" Für einen solchen Fall enthält freilich die l. 115. §. 2. cit. (T. 3) die Andeutung, daß darin möglicher Weise auch die Absicht der Kortrahenten ausgesprochen sein könne, daß dann, wenn die Bedingung des zweiten Versprechens eintrete, beide Leistungen gemacht werden sollten („quum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, *et homo et pecunia debeatur*"). Um aber dies annehmen zu können, mußten freilich besondre Gründe vorhanden sein, indem ohnedies ein solches Versprechen ganz anders ausgelegt werden mußte, wie namentlich Paulus in der vielbesprochenen und sehr oft mißverstandenen l. 44. §. 6. de O. et A. andeutet:

„Si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditonalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, *an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat; quod magis verum est;*"

cf. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. VI. p. 674 sqq., Liebe a. a. O. S. 309 fgg. und die dort Angeff. Verbindet man namentlich mit der l. 44. cit. zwei andere Paulinische Stellen, in denen ein ähnlicher Fall behandelt wird, wenn ein Testator gesagt hatte: „heres meus Sejo penum dato, si non dederit, decem dato", nämlich l. 1. §. 8. ad leg. Falcid. (35, 2), und l. 24. quando dies legator. (36, 2), so ergibt sich folgender unzweifelhafter Sinn der l. 44. cit.: Wenn eine Stipulation in der oben bemerkten Weise abgeschlossen ist, so ist zunächst blos die pure versprochene Leistung in obligatione; zahlt aber der Schuldner nicht rechtzeitig (d. h. läßt er die Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung unberücksichtigt, l. 24. quando dies leg.), so erlöscht nun die erste Obligation, und an ihre Stelle tritt ausschließlich die zweite bedingte Obligation, so daß also von diesem Moment an gleichsam eine Novation vor sich geht. Paulus nimmt hier also ein successives Verhältniß zweier Obligationen in der Art an, daß zuerst ausschließlich das pure versprochene, dann aber, wenn der Schuldner in Verzug gekommen sei, ausschließlich das sub conditione versprochene Objekt in obligatione sei. Da jedoch hiernach der Gläubiger niemals das

pure versprochene Objekt wirklich einklagen kann — denn mit der nothwendig gewordenen Klage wäre ja doch jedenfalls die Bedingung der zweiten Obligation erfüllt, und damit die erste Obligation quasi novatione vernichtet worden —, da man also eigentlich nicht sagen konnte, daß das pure versprochene Object jemals *in petitione* sei, so zogen andre römische Juristen die Ausdrucksweise vor: es sei in den oben bemerkten Stipulationsfällen das pure versprochene Objekt immer nur in solutione, und blos das sub conditione versprochene Objekt sei wahrhaft in petitione oder in obligatione, vgl. namentlich Papinian in l. 115. §. 2. fin. de V. O. („quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo *solvatur*, aut pecunia *petatur*"); vgl. auch Marcellus und Ulpian in l. 1. de penu leg. (33, 9) und Julian in l. 19. quando dies legat. (36, 2). Ungeachtet dieses Dissenses im Ausdruck waren aber doch der Sache nach sämmtliche römische Juristen, so viel wir wissen, im Wesentlichen einverstanden, und zwar stimmt Paulus — wie wir aus l. 84. de V. O. sehen — selbst darin mit seinen Gegnern überein, daß auch er dem Schuldner die Befugniß einräumt, sich bis zur Litiskontestation hin durch Leistung des pure versprochenen Objekts liberiren zu dürfen. Hiernach stellt sich für das Justinianische Recht das einfache Resultat heraus: wenn so, wie oben bemerkt ist, eine Stipulation abgeschlossen wird, so kann der Gläubiger immer nur auf die bedungene Strafe klagen, aber der Schuldner hat die Befugniß, bis zur Litiskontestation sich durch Leistung des pure versprochenen Objekts dieser Strafforderung zu entziehen. — Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß Fälle dieser Art möglicher Weise auch noch in unsrem heutigen Rechtsleben vorkommen konnen; aber in der That kommen sie wohl nur äußerst selten vor, und jedenfalls ist immer eine besondre Beweisführung nothig, daß die Kontrahenten den Pönalvertrag gerade in dieser Absicht abgeschlossen haben; denn zu präsumiren ist ein solcher Vertrag niemals, da die gleich bei Nr. 2 zu behandelnden Fälle die unbestrittene Regel bilden, und eben so fehlt es auch h. z. T., nach dem Wegfallen der Stipulation, an einer entsprechenden Form, aus deren Anwendung unmittelbar eine solche Vertrags-Intention der Kontrahenten hervorgeht.

2) Die bei Nr. 1 behandelten Fälle charakterisiren sich dadurch, daß dabei der Pönalvertrag gar nicht als Accessorium einer prinzipalen Obligation erscheint, sondern im Grunde die poena das eigentliche Obligations-Objekt ist. Wesentlich davon verschieden sind die Fälle, in denen wirklich eine selbständige prinzipale Obligation z. B. ein Kaufgeschäft, eine Sozietät, ein Vergleich u. dgl. abgeschlossen ist, und nur accessorisch zur Sicherheit derselben eine Pönalstipulation

zugefügt wird. Hier eine durch den Pönalvertrag bewirkte quasi novatio anzunehmen, oder zu behaupten, daß das Objekt der prinzipalen Obligation nur in solutione, und blos die poena in obligatione sei, war offenbar unzulässig, und wirklich gehen denn auch hier die römischen Juristen von einem ganz andern Gesichtspunkte aus. In Fällen dieser Art wird nämlich unbedenklich angenommen, daß auch, wenn die poena commissa sei, doch die prinzipale Obligation noch unverändert bestehen bleibe, und der Gläubiger jetzt die Wahl habe, ob er die Erfüllung der prinzipalen Obligation durchsetzen, oder ob er die Strafe einfordern wolle; und zwar tritt diese Regel nicht blos dann ein, wenn durch den Pönalvertrag gerade die Erfüllung einer anderweiten obliegenden Verbindlichkeit gesichert werden soll, l. 41. 42. 71. pro socio (17, 2), l. 28. de act. emt. vend. (19, 1), l. 4. §. 7. de dol. mal. exc. (44, 4), l. 14. C. de pact. (2, 3), sondern ganz eben so auch, wenn Nachlaßverträge oder Vergleiche durch die Verabredung einer Buße bekräftigt werden sollen, l. 10. §. 1. de pact. (2, 14), l. 15. de transact. (2, 15), l. 12. §. 2. de pact. dotal. (23, 4), l. 40. C. de transact. (2, 4). Dabei versteht sich denn auch von selbst, daß, was immer der Gläubiger erwählt, der Schuldner daran gebunden ist, so daß also, wenn derselbe auf Erfüllung der Obligation dringt, der Schuldner sich nicht durch Zahlung der Strafe davon befreien kann, vgl. auch l. 40. C. cit. („si adversarius hoc maluerit"), und wenn derselbe die Strafe einfordert, der Schuldner nur unter den oben bei III. 1. a. E. und III. 2. a. E. bemerkten Voraussetzungen dieser Forderung ausweichen kann. — In den Fällen, in denen Statt der wirklichen Erfüllung der Obligation das id quod interest gefordert werden kann, hat also in Gemäßheit unserer Regel der Gläubiger die Wahl, ob er das Interesse oder die Strafe einklagen will, und dabei kommt dann noch die Eigenheit vor, daß, wenn das Interesse mehr beträgt, als die Strafe, oder umgekehrt, immer noch das Plus nachgefordert werden darf, l. 41. 42. pro socio (17, 2), l. 28. de act. emt. vend. (19, 1).

3) Von der gesetzlich begründeten Regel, daß der Gläubiger die Wahl hat, können aber nach verschiedenen Seiten hin Ausnahmen vorkommen. So kann es namentlich:

a) der Fall sein, daß die Koventional-Strafe die Natur des Reugeldes annimmt (s. g. mulcta poenitentialis, Wandelpön), wodurch dann der Debitor das Recht erhält, sich durch Erlegung der verabredeten Buße von der Erfüllung des Hauptvertrags zu befreien. Im Gegensatz zu den vorher bei Nr. 1. dargestellten Fällen, stellt sich das Verhältniß hier so heraus, daß zwar nur das Objekt

des Hauptvertrags in obligatione, die Strafe aber stets in solutione ist.

b) Es kann auch vorkommen, daß nur die Strafe von dem Gläubiger gefordert werden darf, und zwar ist dies namentlich dann der Fall, wenn die prinzipale Obligation ungiltig ist, wie z. B. wenn die Leistung an einen Dritten versprochen wurde.

c) Endlich kann es aber auch vorkommen, daß die Absicht der Partheien darauf gerichtet ist, daß beides zugleich, Erfüllung der prinzipalen Obligation und Strafe gefordert werden dürfe. Namentlich ist dies der Fall, wenn die Strafe gerade nur für den Fall etwaiger Verspätung der schuldigen Leistung bedungen wird; aber auch abgesehen davon wird es nicht selten von den Partheien so bestimmt, wie namentlich bei Vergleichen, Erbtheilungen u. dgl., in welchen Fällen sich die Römer der Klausel: *rato manente pacto* bedient zu haben scheinen, vgl. l. 16. de transact. (2, 15), l. 17. C. eod. (2, 4), vgl. auch l. 122. §. ult. de V. O. Wie diese Stellen die Meinung veranlaßen konnten, daß regelmäßig beides, Erfüllung der Obligationen und Strafe, gefordert werden könne (vgl. z. B. noch *Kersten* cit. p. 31 sqq.), ist schwer zu begreifen, vgl. über diese leere Kontroverse Glück a. a. O. S. 533. fgg.

V. Es liegt unzweifelhaft in dem Wesen der Konv.-Strafe, daß der Anspruch darauf immer dann wegfällt, wenn die prinzipale Obligation in rechtsgenügender Weise erloschen ist, und namentlich muß dies gewiß auch dann der Fall sein, wenn der Schuldner durch kasuelle Unmöglchkeit von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Nur in den oben bei IV. 1. behandelten Fällen, in denen es an einer prinzipalen Obligation im Grund ganz fehlt, muß sich dies wohl anders verhalten, und wenn also der Vertrag so lautet: Pamphilum mihi dari spondes? si Pamphilum non dederis, centum mihi dari spondes? so läßt sich allerdings vertheidigen, daß durch den Tod des Pamphilus sich die Bedingung der zweiten Obligation erfülle, und die 100 geleistet werden müssen. Auf einen Fall dieser Art ist wohl die l. 22. pr. ad leg. Aquil. (9. 2) zu beziehen:

> *Paul.* „Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium",

aus welchem Gesetze allerdings hervorgeht, daß es Fälle geben muß, in denen der Promissar ungeachtet des von ihm nicht verschuldeten Untergangs der res debita die Strafe bezahlen muß. Daraus aber mit Wolff a. a. O. eine allgemeine Regel für alle Konv.-Strafen zu bilden, ist gewiß unstatthaft.

III. Entstehung von Obligationen durch Pollizitation, Gelübde, Auslobung. §. 615.

Dig. L. 12. de pollicitationibus. — *Ger. v. Stoekken*, de pollicitatione disp. I. Argent. 1677, disp. II. und disp. III. 1679, *Barth* (praes. *Nettelbladt*), de pollic. inprimis in specie sic dicta. Hal. 1779, Kritz, Rechtsfälle II. 9. S. 142 fgg. — *Textor*, de obligatione ex voto. Altdorf. 1673. — v. Bülow, Abhandl. Th. I. Nr. 11. („über die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Prämie" u. s. w.). — Bucher, Recht der Fordr. §. 14, Koch II. S. 482 fgg., Unterholzner II. S. 495 fgg.

1) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum.

2) *Idem* l. 5. h. t.: Ex epistola, quam muneris edendi gratia absens quis emisit, compelli eum ad editionem non posse. Vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 626, Marezoll in der Gießer Zeitschr. I. 19. S. 370 fgg.

3) *Idem* l. 1. §. 1 eod.: Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est; si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione; sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus, et ita multis Constitutionibus et veteribus et novis continetur. §. 2. Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est, qui coepit.

4) *Modestin.* l. 9 eod.: Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rempublicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri, heredem vero ejus, ob honorem quidem facta promissione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri, Divi Severus et Antoninus rescripserunt; sed et ipsum donatorem pauperem factum ex promissione operis coepti quintam partem patrimonii sui debere, Divus Pius constituit.

5) *Ulp.* l. 2 eod.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur, quae res personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat; res enim, quae vovetur, soluta quidem liberat voto, ipsa vero sacra non efficitur. §. 1. Voto autem patresfamilia-

rum obligantur, puberes, sui juris; filius enim familias, vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur. §. 2. Si decimam quis bonorum vovit, decima non prius esse in bonis desinit, quam fuerit separata; et si forte, qui decimam vovit, decesserit ante sepositionem, heres ipsius hereditario nomine decimae obstrictus est; voti enim obligationem ad heredem transire constat.

Drittes Kapitel.

Von Aufhebung der Obligationen.

Inst. III. 29. [30] quibus modis obligatio tollitur; Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43. de solutionibus et liberationibus. — *Brisson.*, de solut. et liberat. libri III., in opp. minor. p. 111 sqq., auch hinter dessen select. ex jure civ. antiqu. Lugd. 1558. p. 203 sqq., *Florentis*, tract. ad tit. de solut. et liberat., in opp. Norimb. 1756. tom. II. p. 417 sqq., Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 10 fgg., Heimbach, Rechtslex. VII. S. 486 fgg.

I. Allgemeine Uebersicht der Aufhebungsgründe. §. 616.

II. Insbesondere.

1) Deposition und Dereliktion. §. 617.

Lauterbach, de deposito juris; in Diss. acad. II. nr. 63, *Schultzen*, tract. de oblatione, obsignatione ac depositione pecuniae s. rei debitae, iterum editus. Brem. 1775, Koch II. S. 606 fgg., Unterholzner I. S. 470 fgg., Heimbach a. a. O. S. 491 fgg. — Ob auch bei andren, als Geld-Schulden eine Verbindlichkeit zur Deposition begründet sei, darüber s. Zimmern im ziv. Arch. III. 9, Thibaut das. V. S. 332 fgg.,

v. Madai, Mora S. 466 fgg., und über die Frage, ob auch nach ausgebrochenem Konkurs das von dem Gantschuldner Hinterlegte von den Gläubigern zur Masse gezogen werden dürfe? s. Spangenberg in der Gießer Zeitschr. I. 6.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 19. C. de usur. (4, 32): Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer, at si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tollitur, quum Serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvantur, quod etiam in trajectitiis servari oportet; creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

2) *Ulp.* l. 1. §. 3. de comm. et per. rei vend. (18, 6): Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est; effundere autem non statim poterit, priusquam testando denunciet emtori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur; si tamen, quum posset effundere, non effudit, laudandus est potius; ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit ejus, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem, conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori.

2) Kompensation. §. 618.

Dig. XVI. 2, Cod. IV. 31. de compensationibus. — Glück XV. S. 59 fgg. und die dort Angeff., *Allard*, de compensat. Tornac. 1825. (vgl. Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 240 fgg.), Hasse im ziv. Arch. VII. 9, Valett, Abhh. S. 138 fgg., Bethmann-

Hollweg im Rhein. Mus. I. S. 257 fgg., Krug, die Lehre von der Kompensation. Leipzig 1833, (Fuhr) in den Erlanger Jahrb. XXVII. S. 109 fgg. S. 217 fgg., Hartter, das röm. deutsche Recht der Komp. München 1837, Heimbach in Weiske's Rechtslex. II. S. 722 fgg., Tellkampf im ziv. Arch. XXIII. S. 301 fgg., Krug das. XXV. S. 211 fgg., Sintenis in der Gießer Zeitschr. XVIII. S. 1 fgg., Hartter das. XIX. S. 143 fgg., Brinz, die Lehre von der Kompensation. Leipzig 1849, Scheurl, Beiträge I. S. 149 fgg., Fuhr im Arch. für prakt. Rw. I. S. 121 fgg., Dernburg, die Kompensation nach röm. R. Heidelberg 1854. — Koch II. S. 627 fgg., Unterholzner I. S. 547 fgg., *Molitor* III. p. 221 sqq.

1) *Modestin.* l. 1. h. t.: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

2) *Paul.* l. 173. §. 3. de R. J.: Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Vgl. l. 8. de doli mali exc. (44, 4): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. (§. 1.) Sic si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. (Wenn jetzt Brinz S. 46 fgg. die l. 173 cit. aus der l. 8. §. 1. cit. erklären, und ihr deßhalb die Beziehung auf Kompensation ganz absprechen will, so ist dies gewiß unhaltbar; in dem Falle der l. 8. §. 1. cit. ist die exc. doli nicht deßhalb begründet, weil der Erbe etwas einfordert, was er wieder zurückgeben müßte, sondern einfach deßhalb, weil er etwas fordert, was zu fordern der Testator verboten hat; s. auch Arndts Lehrb. §. 264. Anm. 3. und Dernburg S. 188 fg.).

3) *Pompon.* l. 3. eod.: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. (Die Deutung dieser Stelle bei Dernburg S. 28 fg., wornach sich dieselbe ursprünglich auf das agere cum compensatione der argentarii bezogen haben, und in dem: »interest *nostra*« ein „Anflug von römisch aristokratischem Hochmuth" liegen soll, ist doch wohl verkünstelt).

4) §. 30. J. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud conti-

netur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

5) *Alexander* l. 4. C. h. t.: Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. (Die Konjektur von Brinz S. 22, welcher Statt: ipso jure pro soluto compensatio*nem* haberi oportet lesen will: i. j. p. s. compensatio*ne eam* hab. op., ist nicht blos überflüssig und willkürlich, sondern aus sprachlichen und sachlichen Gründen entschieden verwerflich; s. auch Arndts Lehrb. §. 265. Anm. 2, Scheurl S. 170, Fuhr Arch. S. 135, Dernburg S. 321).

6) *Justinian.* l. 14. (ult.) C. eod.: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. (§. 1.) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensetur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua

nec compensationi locum esse disposuimus. (§. 2.) Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

Anm. 1. Ueber Begriff und Wesen der Kompensation sind insbesondere folgende Punkte bemerkenswerth.

I. Nach strengem Rechte kann der Umstand, daß zwei Forderungen sich einander gegenüber stehen, auf keine derselben einen Einfluß äußern. Da es aber regelmäßig als Chikane erscheint, Zahlung von Jemanden zu verlangen, an den man in continenti selbst auch zu zahlen verpflichtet ist, (T. 2.) und da es im Interesse des angegriffenen Schuldners liegt, lieber nicht zu zahlen, als sich auf Rückforderung des Gezahlten zu verlassen (T. 3.), so bringt es die Aequitas mit sich, dem Schuldner die Berufung auf Kompensation zu gestatten, weßhalb so oft der Ausdruck *aequitas compensationis* vorkommt, l. 18. pr. h. t., l. 5. 6. C. h. t., l. 1. C. rer. amotar. (5, 21), vgl. auch §. 30. J. cit. (T. 4.) und l. 36. de adm. et per. tut. („aequitas quae merum jus compensationis inducit"). Die dabei zu Grunde liegende Idee ist dann die, daß aus Gründen der Aequitas fingirt wird, der die Zahlung fordernde Gläubiger habe seinerseits an den angegriffenen Schuldner Zahlung geleistet, und dieser habe das Empfangene an den klagenden Gläubiger bezahlt, vgl. auch T. 5. „*pro soluto*", l. 4. qui potior. in pign. (20, 4.) l. 19. de liber. causa (40, 12) l. 76. de V. S. („*Dedisse*, intelligendus est etiam is, qui permutavit, vel compensavit"), so daß sich demnach die Kompensation nach der treffenden Begriffsbestimmung von *Noodt* ad Dig. h. t. (in opp. Lugd. Bat. 1724. tom. II. p. 356.) herausstellt als eine „*mutua solutio, juris interpretatione quasi per brevem manum facta*". Noch besser würde übrigens diese Definition sein, wenn darin die Worte: quasi per brevem manum fehlten, indem dieselben leicht zu dem Gedanken verleiten konnten, als wenn bei der Kompensation die wechselseitige Zahlung durch eine Art von traditio brevi manu bewerkstelligt werde. Dies wäre freilich ganz irrig; die traditio brevi manu ist immer eine wirkliche Uebertragung, und nur der Mechanismus ist dabei vereinfacht; die Kompensation ist dagegen niemals eine wirkliche, sondern immer nur eine fingirte wechselseitige Zahlung; wirklich gezahlt wird von keiner Seite, aber es wird nach Rechtssatzung angenommen, es hätten Beide gezahlt. Wie natürlich aber diese Annahme ist, geht auch noch aus folgender einfachen Betrachtung hervor. Wenn beide Gegengläubiger wirklich entschlossen und bereit

sind, ihre beiderseitigen Verpflichtungen in continenti zu erfüllen, so würde ja augenscheinlich das thatsächliche Hin- und Herzahlen nichts als eine lächerliche Komodie sein, indem durch blose Abrechnung genau und vollständig ganz dasselbe erreicht wird, wie durch wirkliche Zahlung. Wenn nun das Gesetz diese Abrechnung allgemein zuläßt und ihr die Wirkungen wechselseitiger Zahlung beilegt, so liegt augenscheinlich der einfache Gedanke zu Grunde, daß jene Bereitwilligkeit zu gleichbaldiger Pflichterfüllung bei beiden Schuldnern entweder wirklich vorhanden sei, oder doch als vorhanden angenommen werden soll. Dadurch erledigen sich wohl auch die Bedenken von Dernburg S. 370 fgg., welche auch eigentlich nur gegen die allerdings unzulässige Annahme einer traditio brevi manu gerichtet sind. — Die Auffassung von Krug S. 6. u. ö., und im ziv. Arch. a. a. O., wornach die Komp. als eine fingirte Selbstzahlung des klagenden Gläubigers erscheinen soll, vgl. auch Heimbach, Tellkampf, Unterholzner citt., ist gewiß unnatürlich — denn einen Kreditor zu zwingen, sich selbst bezahlt zu machen, hat doch offenbar etwas Sonderbares —, und wird von Krug durch die dafür angeführten Gesetze nicht begründet. Weder l. 95. §. 8. de solut. (46, 3), noch auch l. 31. §. 1. de H. P. (5, 3) reden von Komp., und können um so weniger darauf bezogen werden, da von Komp. gegen eine actio in rem — in beiden Stellen wird eine hereditatis petitio vorausgesetzt —, vor Justinian keine irgend sichere Spur vorkommt (vgl. unten Nr. II. S. 376 fg). Vielmehr soll in der ersten Stelle mit den Worten: neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, nicht, wie Krug meint, eine Negirung der Komp. angedeutet werden, sondern der einfache Gedanke ist: derjenige, welcher *pro herede* im Besitze einer Erbschaft ist, könne zwar wohl Erbschafts-Schulden im Allgemeinen giltig bezahlen, aber wenn er selbst der Gläubiger sei, könne man nicht annehmen, daß er auch an sich selbst habe bezahlen wollen, eben, weil er ja Erbe zu sein glaubt. Und eben so soll in der zweiten Stelle mit den Worten: potest dici, ipsum sibi vel solvisse, vel debuisse solvere, nicht ausgedrückt werden, daß hier Kompensation Statt finde, sondern es wird da nur gesagt: bei dem, welcher *pro possessore* Erbschaftssachen besitze, könne man allerdings annehmen, daß er sich selbst bezahlt gemacht habe, denn hier fällt ja offenbar der Grund hinweg, welcher bei dem gutgläubigen Besitzer diese Annahme ausschließt; vgl. auch Fuhr Rezens. S. 114 fgg., und Arch. S. 145 fgg., Hartter in der Gießer Zeitschr. I. c. S. 169 fgg., Dernburg S. 354 fgg. S. 368. Daß aber die Ansicht von Krug auch wohl geeignet ist, zu falschen Resultaten zu führen, zeigt sich z. B. in dem einfachen Falle, wenn der Verklagte mehrfacher Schuldner des Klägers ist. Nach der oben

gebilligten Annahme muß hier dem Debitor die Wahl zustehen, auf welche der mehreren Schulden er seine Forderung abrechnen will, während Krug S. 133 fgg. in Folge seines Prinzips zu ganz andren, aber gewiß unrichtigen Sätzen gelangt, vgl. hierüber auch noch Fuhr im Arch. S. 141 fgg. und Dernburg S. 459 fgg.

II. Es war übrigens die aequitas compensationis nicht von Anfang an im römischen Rechte in vollem Umfange anerkannt. Abgesehen von den singulären und dem Justinianischen Rechte fremden Bestimmungen über das „cum compensatione agere" der argentarii, und das „cum deductione agere" des bonorum emtor, Gai. IV. 64—68. (vgl. darüber bes. Scheurl a. a. O. S. 153 fgg. und Dernburg S. 25 fgg.), brach sich die Komp. zunächst nur Bahn bei bonae fidei judicia, indem hier Gegenansprüche, welche *ex eadem causa* hervorgegangen waren, vom judex berücksichtigt werden mußten, wozu es natürlich immer eines besondren Antrags, aber — quia exceptio doli judiciis bonae fidei inest — keiner förmlichen exceptio bedurfte, Gai. IV. 61. 63. §. 30. J. cit. (T. 4). Bei stricti juris judicia war dagegen die Vorschützung einer exceptio doli vor dem Magistrat, und die Aufnahme derselben in die Formula nothwendig, und selbst dies soll nach Justinian's Angabe in §. 30. J. cit. erst nach Reskripten von Marcus aufgekommen sein, obwohl doch auch schon aus früherer Zeit Spuren davon vorkommen, l. 4. 5, l. 10. §. 3, l. 15. h. t. Gewiß war auch diese förmliche exceptio nöthig, wenn bei einem judicium bonae fidei eine Gegenforderung *ex dispari causa* zur Kompensation gebraucht werden sollte, und auch bei den Klagen, die weder bonae fidei noch stricti juris sind, mochte das förmliche Vorschützen dieser exceptio nöthig sein, obwohl es uns darüber an Quellen-Zeugnissen fehlt. Ob der hier bemerkte Unterschied — daß die Komp. bald schon officio judicis, bald nur in Folge der exceptio doli berücksichtigt wird — außer den bekannten prozessualischen Folgen auch matreiell von Wichtigkeit gewesen sei, ist sehr streitig. Das ist nicht ganz unwahrscheinlich, daß um die exceptio doli gebrauchen zu können, die Nachweisung nöthig war, daß der Kläger mit dem Vorhandensein der Gegenforderung bekannt sei, vgl. oben Bd. I. §. 155. Anm. und Krug S. 51 fgg., Unterholzner S. 549. Schwerlich begründet ist dagegen die Behauptung von Bethmann-Hollweg cit. S. 276 fgg., der doch sehr viele Neuere beistimmen (vgl. z. B. Krug S. 50 fgg., Hartter, Komp. S. 19. und in der Gießer Zeitschr. S. 187 fgg., Heimbach S. 724 fgg., Fritz zu Wening II. S. 398 fgg. u. A. m.), daß dann, wenn Komp. durch Vermittlung der exc. doli durchgesetzt sei, der Kläger immer mit seiner ganzen Klage habe abgewiesen werden müssen, ohne Rücksicht auf den Betrag der vorgeschützten Gegenforderung,

während bei judicia bonae fidei der Klaganspruch nur bis zum Belauf der Gegenforderung gemindert worden sei; denn gegen die Annahme, daß die exc. doli immer eine totale Lossprechung des Verklagten zur Folge gehabt habe, spricht abgesehen von vielem Andern sehr bestimmt das Zeugniß von Theoph. ad §. 30. J. cit.; vgl. auch Sintenis cit. S. 24 fgg. Und eben so wenig dürfte sich die Behauptung von Unterholzner a. a. O. rechtfertigen lassen, daß nur da, wo die Komp. schon officio judicis berücksichtigt worden sei, die Wirkung derselben *ipso jure* eingetreten sei, während dies im Fall der exc. doli nicht angenommen werden könne; denn unsre Quellen weisen auch nicht entfernt auf eine solche Verschiedenheit hin, und an innern Gründen dafür fehlt es gänzlich, da die hier allein in Betracht kommende materielle Bedeutung von ipso jure (s. unten Nr. III.) ganz unabhängig von der Art und Weise der prozessualischen Geltendmachung erscheint. — Hiernach leuchtet von selbst ein, daß nach Aufhoren des Formular-Prozesses der ganze Unterschied, ob die Komp. schon officio judicis, oder nur in Folge einer vorgeschützten exc. doli berücksichtigt werden dürfe, alle Bedeutung verlieren mußte, denn auch die Behauptung, daß doch wenigstens prozessualisch jene Unterscheidung noch insofern habe in Betracht kommen müssen, daß die Einrede der Komp. im erstren Falle bis zum Urtheil, im andren aber nicht mehr nach der Litiskontestation habe vorgeschützt werden dürfen, ist völlig ungegründet, indem vielmehr im späteren römischen Prozesse alle Einreden ohne Unterscheidung zwischen judicia stricti juris und bonae fidei noch nach der Litiskontestation vorgeschützt werden durften, l. 2. C. sentent. resc. non posse (7, 50), l. 4. 8. C. de except (8, 36), vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 11 fgg. War nun aber hiernach schon lange vor Justinian gar kein wirklicher Unterschied mehr zwischen judicia stricti juris und bonae fidei in Betreff der Kompensation, so konnte auch die vielbesprochene Konstitution von Justinian in l. 14. pr. C. h. t. (T. 6.) nicht den Zweck haben, solche Unterschiede aufzuheben, wie Bethmann-Hollweg, Krug u. A. wollen, sondern die einzige wahre Neuerung geht vielmehr sicher nur dahin, daß jetzt die Komp. selbst auch gegen dingliche Klagen zugelassen werden solle, und dies geht auch bestimmt genug aus der Ausdrucksweise des Kaisers sowohl in dem Gesetze selbst, als auch in dem darauf Bezug nehmenden §. 30. J. cit. hervor. Wenn man dagegen eingewendet hat, daß doch auch schon vor Justinian eine Komp. gegen dingliche Klagen, namentlich gegen die rei vindicatio und gegen die hereditatis petitio vorgekommen sei, und wenn man sich in dieser Beziehung auf l. 21. §. 2. de inoff. test. (5, 2), l. 31. §. 2, l. 38. 58. de H. P. (5, 3), l. 48. de R. V. (6, 1) berufen hat, vgl. z. B.

Krug S. 46 fgg., so scheint mir dies unhaltbar, da diese Stellen theilweise gar nicht hierher gehören — was namentlich mit l. 21. §. 2. de inoff. test. und l. 31. §. 2. de H. P. der Fall ist —, theilweise aber nicht von einer eigentlichen Kompensation, sondern von einem, auf ganz andren Grundsätzen beruhenden Abzugsrechte, einer deductio, reden, vgl. auch Hasse a. a. O. S. 181 fgg., Fuhr Rezens. S. 121 fgg., Dernburg S. 338 fgg. — Ich habe die Ausführungen unter Nr. II. völlig unverändert aus den früheren Auflagen dieses Lehrb. in die gegenwärtige herübergenommen, weil ich sie noch immer für wohlbegründet halte, obwohl neuerlich Brinz und Scheurl a. d. aa. OO. sehr abweichende Ansichten vertheidigt haben. Brinz sucht nämlich in ausführlicher Darstellung den Satz zu begründen, daß ein Kompensiren *per exceptionem* dem römischen Rechte gänzlich fremd sei. Für bonae fidei judicia sei dies auch allgemein anerkannt; was aber die judicia stricti juris anbelange, so habe dabei die aequitas compensationis in früherer Zeit allerdings zu einer exceptio doli geführt, aber nur in der Weise, daß *propter*, niemals so, daß *per* exceptionem doli konpensirt sei, d. h. wenn der Beklagte auf Kompensation gedrungen, der Kläger aber dieselbe zurückgewiesen habe, so habe man deßhalb dem Beklagten eine exceptio doli eingeräumt, in deren Folge dann der Kläger immer mit seiner ganzen Klage abgewiesen worden sei, und die begründete Furcht vor dieser exceptio sei dann also begreiflich das Motiv zur Vornahme außergerichtlicher Kompensation gewesen (S. 76 fgg.); eine exceptio doli in dem, von der herrschenden Lehre angenommenen Sinn, daß durch deren Vorschützen eine entsprechende Minderung des klägerischen Anspruchs herbeigeführt werde, habe es im römischen Rechte niemals gegeben, und der anscheinend wiederstreitende §. 30. J. de act. sei gar nicht von Kompensation, sondern vielmehr von Retention zu verstehen (S. 46 fgg), ja es sei eine solche exceptio doli unmöglich gewesen, wie aus Form und Wesen der exceptio überhaupt und insbesondre der exceptio doli mit Sicherheit hervorgehe (S. 59 fgg.). Aber auch jene andre wirklich begründete exceptio doli, welche einen mittelbaren Kompensations-Zwang enthalten, und jedenfalls noch zu Julian's Zeit bestanden habe l. 2. h. t., sei nicht lange nachher gänzlich weggefallen, weil bei judicia stricti juris ein andres Verfahren aufgekommen sei, welches die mancherlei Inkonvenienzen jener doli exceptio vollständig beseitigt habe; es sei nämlich das früher nur bei argentarii vorgekommene „agere cum compensatione" jetzt auf alle judicia stricti juris angewendet worden, und zwar sei dies jedenfalls schon in den Zeiten des Paulus geschehen, wie aus Paul. rec. sent. II. 5. §. 3. und aus l. 4. und l. 21. h. t. hervorgehe (S. 83 fgg). Das

Wesentliche dieser neuen Lehre von Brinz, daß es niemals ein Kompensiren per exceptionem gegeben habe, und daß in der Zeit zwischen Gaius und Paulus eine Verallgemeinerung des agere cum compensatione vorgekommen sei, wird auch vollständig von Scheurl a. a. O. adoptirt, und derselbe weicht nur insofern von seinem Vorgänger ab, daß nach seiner Ansicht nicht blos das „agere cum compensatione" der Argentarii, sondern auch das „agere cum deductione" des bonorum emtor generalisirt worden sei — das Erstre, wenn Forderung und Gegenforderung auf ein certum gehen, das Zweite in den übrigen Fällen — (Scheurl a. a. O. S. 163 fgg), und außerdem noch insofern, daß seiner Meinung nach gerade durch das in §. 30. J. cit. angeführte Reskript von Marcus, welchem Brinz alle Beziehung auf die eigentliche Kompensation abspricht, das agere cum compensatione und beziehungsweise cum deductione verallgemeinert werden sei; gerade durch dieses von Justinian nur in Kürze berührte Reskript sei es nämlich wohl eingeführt worden, daß, wenn der Beklagte in jure die exceptio doli vorgebracht habe („opposita doli mali exceptione"), dieselbe nun nicht mehr in die formula inserirt, sondern die formula vielmehr nach dem Vorbild der actio qua argentarius und resp. bonorum emtor experitur, eingerichtet worden sei (S. 161 fgg). — Ich halte, wie ich schon oben andeutete, diese neuen Ansichten, obwohl sie mit Scharfsinn und Gewandtheit vertheidigt worden sind, für völlig unbegründet, und in der That haben dieselben auch bereits an Fuhr a. a. O. bes. S. 134 fgg. und vorzüglich an Dernburg a. a. O. S. 190 fgg. eben so tüchtige als entschiedene Gegner gefunden. Es sind hierbei insbesondre folgende Punkte hervorzuheben:

1) Den eigentlichen Mittelpunkt der neuen Lehre bildet der freilich auch schon früher mehrfach vertheidigte Satz (s. oben S. 375), daß die exceptio doli niemals zu einer blosen Minderung des klägerischen Anspruchs, sondern immer nur zu einer gänzlichen Abweisung des Klägers habe hinführen müssen. Daß dieses Letztere wirklich die Regel bildet, und daher auch in den weit meisten Stellen allein erwähnt wird, ist freilich unzweifelhaft; aber daraus folgt doch nicht, daß dies der einzig mögliche Erfolg jener Einrede gewesen sei. Auf das Gegentheil deutet vielmehr schon der allgemeine Begriff von exceptio in l. 22. pr. de except. (44, 1):

„Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, *modo minuit damnationem*",

und eben so sprechen auch dagegen die mehrfachen anderweiten Beispiele von Partial-Einreden, welche in den Quellen erwähnt werden, vgl. z. E. l. 7. pr. de except., l. 17 §. 2 ad SC. Vellej. (16, 1), l. 27 §. 6 de pact. (2, 14), denn, wenn die exc. SC. Vell., die

exc. pacti. u. s. w. dann, wenn es den Umständen angemessen ist, nur eine Minderung der Kondemnations-Summe herbeiführt, warum sollte dies nicht auch ganz eben so bei der exceptio doli vorkommen können? vgl. auch außer dem schon oben S. 376. zit. Sintenis noch Keller röm. Zivilproz. §. 36 S. 150 fgg., Fuhr im Arch. S. 123 fgg., Dernburg S. 201 fgg. Ganz entscheidend geht aber der Ungrund der gegnerischen Behauptung aus einer Reihe von Quellenzeugnissen hervor, nach denen gerade auch in Folge der *exceptio doli* in den verschiedensten Verhältnissen eine blose Minderung der Kondemnation herbeigeführt wird, vgl. l. 38 de R. V. (6, 1), l. 9. §. 1 de cond. c. d. (12, 4), l. 85 de legat. I., l. 16 pr., l. 88. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 20. pr. de statu liber. (40, 7), l. 16 de doli mali except. (44, 4) l. 14, C. de R. V. (3, 32), l. 2. C. de non num. pec. (4, 30). Dernburg S. 219 fgg., und dadurch erhält augenscheinlich die bestimmte Aussage von Theophilus ad J. 30. de actionib., daß eine solche Minderung auch dann eingetreten sei, wenn die exceptio doli zum Zweck der Kompensation vorgeschützt worden sei, ihre vollständige Bestätigung.

2) Daß die Kompensation in judiciis stricti juris, wenigstens seit Marcus, wirklich per exceptionem doli oppositam durchgeführt, und nicht blos propter exceptionem doli opponendam herbeigeführt wurde, ist für den Unbefangenen völlig unzweideutig von Justinian in §. 30. J. de act. und von Theophilus ad h. l. ausgesprochen. Die Erklärung von Brinz, wornach das Reskript von Markus sich gar nicht auf Kompensation, sondern auf die wesentlich davon verschiedene Retention bezogen haben soll, bedarf bei ihrer maaßlosen Kühnheit keiner Widerlegung, s. dagegen auch Dernburg S. 195 fgg., und auch die schon oben angedeutete viel feinere Auslegung von Scheurl würde gewiß nie entstanden sein, wenn nicht ihr scharfsinniger Urheber von dem Vorurtheile ausgegangen wäre, daß eine blose Minderung der Kondemnation in Folge der exc. doli unmöglich sei, s. auch Dernburg S. 199 fgg. Mit dem Ausspruch von Justinian und Theophilus stimmen aber auch überdies noch andre Quellen-Zeugnisse überein, aus denen ebenfalls die Anwendung der exceptio doli zum Zweck der Kompensation hervorgeht, vgl. außer l. 173 §. 3 de R. J. (T. 2) auch noch l. 4. §. 8. de doli mali exc. (44, 4) und l. 8. §. 1. ratam rem hab. (46, 8.), Dernburg. S. 187 fgg.

3) Daß das agere cum compensatione in der Zeit nach Gaius auf alle srticti juris judicia ausgedehnt worden sei, ist schon aus innern Gründen ganz unglaublich, da jene eigenthümliche Klagart gerade nur in dem speziellen Verhältniß der argentarii ihre Erklärung findet, und auch in der That nur dafür passend ist, so daß eine

Ausdehnung auf andere Verhältnisse nothwendig zu den größten Härten hätte hinführen müssen. Es fehlt aber auch einer solchen Annahme an aller genügenden äußeren Beglaubigung. Aus l. 4. und l. 21 h. t. (in welcher letztren Stelle Brinz S. 27, wie schon vor ihm Albrecht Exzept. S. 93, um sie seiner Hypothese besser zu akkomodiren, das „inter omnes" nicht wie es bisher mit beßtem Rechte allgemein geschah, zu placet zieht, sondern mit den folgenden Worten verbindet, s. dagegen Fuhr S. 137, Dernburg S. 330 fgg.) läßt sich ein agere cum compensatione nur dann herauslesen, wenn man sich schon vorher von der Statthaftigkeit desselben überzeugt hat, und was den, von den Westgothen offenbar verunstalteten und schon darum wenig zuverlässigen, Ausspruch von Paulus rec. sent. II. 5. §. 3. anbelangt, so ist hier wohl nur von dem Falle die Rede, wenn der Kläger selbst die Kompensation beantragt, vgl. auch l. 22. h. t., l. 5. C. h. t., und es kann also daraus nichts für den Fall abgeleitet werden, wenn der Beklagte die Kompensations-Einrede vorschützt. Vgl. überhaupt Dernburg S. 240 fgg. S. 307 fg. S. 326 fgg.

III. In einer Reihe von Stellen, die schon dem Vorjustinianischen Rechte angehören, und in denen an eine Interpolation nicht zu denken ist, wird der Grundsatz ausgesprochen, daß die Komp. *ipso jure* wirke, vgl. bes. l. 4. C. h. t. (T. 5.) und l. 21. h. t. („Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari" etc.); s. auch l. 4. 10. eod., und dies wird auch mit einem gewissen Nachdruck in der Justinianischen l. 14. pr. C. h. t. und in §. 30. J. cit. wiederholt. Was aber unter diesem *ipso jure* zu verstehen sei, war von jeher sehr bestritten, und in der That dürfte es, nach dem gegenwärtigen Zustande unsrer Quellen, kaum gelingen, eine nach allen Seiten hin befriedigende Antwort auf diese Frage zu geben; vgl. über die verschiedenen Ansichten Hasse a. a. O. bes. S. 156 fgg. S. 191 fgg., Bethmann-Hollweg S. 268 fgg., Albrecht Exzeptionen S. 86 fgg., Krug §. 9—11. 20. 23. 24. 30. 31, Hartter S. 170 fgg., Höpfner Beiträge I. S. 146 fgg., Fritz zu Wening II. S. 399 fgg., Sintenis S. 25 fgg., Brinz S. 4 fgg., Scheurl S. 166 fgg., Fuhr S. 121 fgg., Dernburg S. 281 fgg. Man bemerke hierüber Folgendes:

1) Erwägt man, daß der Ausdruck „ipso jure" gewöhnlich im Gegensatze von „ope exceptionis" in dem oben §. 155. Anm. entwickelten Sinn vorkommt, und berücksichtigt man ferner besonders die Fassung von l. 4. C. cit. und die dort namentlich vorkommende Vergleichung mit der Zahlung („pro soluto"), so ist man allerdings versucht, auch bei der Komp. zu behaupten, daß dieselbe eben so, wie Zahlung, Acceptilation u. dgl., nicht ope exceptionis, sondern ipso

jure in diesem Sinne d. W., also **von selbst**, oder wie man sich auszudrücken liebte: ***sine facto hominis*** das Klagrecht vernichte. In der That ist denn auch diese, schon von dem Glossator **Martinus**, und später vorzugsweise von **Tynbarus** vertheidigte Meinung, bis in den Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts hin, fast die allein herrschende gewesen; s. z. B. die Nachweisungen bei **Dernburg** S. 286 fgg. Daß sie aber irrig ist, daß also das Klagrecht durch die Existenz einer kompensablen Gegenforderung nicht unmittelbar vernichtet, sondern dadurch nur ein **Recht** des Gläubigers begründet wird, dessen Ausübung blos **mittelbar** die Erlöschung des Klagerechts herbeiführt, daß also in der That die Kompensation stets nur ope exceptionis wirksam ist, geht insbesondere aus folgenden Betrachtungen hervor:

a) Der bei Nr. II. geschilderte Entwicklungsgang des Kompensat. Rechts schließt nothwendig den Gedanken aus, daß nach röm. Rechte schon die blose Koexistenz zweier gegenüberstehender Forderungen die Vernichtung derselben herbeigeführt habe. Wenn der judex eine Gegenforderung des Beklagten bei einem judicium bonae fidei nur in **Folge seines freien** *officium*, und bei einem judic. str. jur. nur dann berücksichtigen konnte, wenn durch die der formula eingefügte exceptio doli sein officium erweitert worden war: so ist damit augenscheinlich die Annahme unvereinbar, daß eine Forderung schon durch die blose Entstehung einer Gegenforderung ganz von selbst aufgehoben werde.

b) Wenn die Komp. ipso jure in jenem Sinne wirkte, wenn also dadurch das Forderungsrecht unmittelbar vernichtet würde, so müßte eine Korreal-Obligation sogleich vollständig erlöschen, sobald die Voraussetzungen der Komp. in der Person eines der correi Platz greifen. Dies ist aber entschieden nicht der Fall; s. oben S. 97 fg.

c) Wenn ein Schuldner, welcher Komp. vorschützen könnte, es vorzieht, zu zahlen, und seine Forderung selbstständig geltend zu machen, so hat er dazu das unbestrittene Recht, l. 1. §. 4. de contrar. tut. act. (27, 4):

> *Ulp.* „Praeterea si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit; ***sic erit arbitrii ejus, utrum compensare, an petere velit sumtus***".

Dies wäre offenbar unmöglich, wenn die beiden gegenüber stehenden Forderungen ipso jure in d. S. vernichtet würden, denn eine so vernichtete Forderung kann schlechthin nicht mehr geltend gemacht werden. Unter der Voraussetzung einer ipso jure eintretenden Wirksamkeit der Komp. müßte man vielmehr sagen: der Schuldner, der sich **wissentlich** nicht auf Komp. beruft, während er es könnte,

hat wissentlich ein indebitum gezahlt, und muß also nach allgemeinen Grundsätzen als ein Schenker behandelt werden.

d) „Si rationem compensationis judex non habuerit, *salva manet petitio*", l. 7. §. 1. h. t. Es leuchtet von selbst ein, daß diese Entscheidung unmöglich wäre, wenn wirklich beide Forderungen im Augenblicke ihres Gegenübertretens von selbst vernichtet würden.

e) Endlich sind auch überall in den Gesetzen die Wirkungen der Komp. davon abhängig gemacht, daß sich der Schuldner auf Komp. beruft, daß er also ein ihm zustehendes Recht ausübt, vgl. z. B. l. 2. 5, l. 9. §. 1, l. 10. §. 1. 2. h. t., l. 26. de probat. (22, 3), l. 1. §. 4. de contr. tut. act. (27, 4), l. 20. §. 2. de statu lib. (40, 7), l. 6. 7. 8. 10. C. h. t. Man könnte gegen dieses Argument einwenden, daß doch auch bei solchen Erlöschungsgründen, welche unzweifelhaft ipso jure wirken, z. B. bei Zahlung, es nöthig sei, daß der Verklagte sich darauf berufe, wenn der Richter sie berücksichtigen solle. Dies ist allerdings wahr, aber augenscheinlich hat doch hier die Allegirung von Seiten der Parthei eine ganz andre Bedeutung, als bei der Kompensation. Dort muß sich die Parthei auf die fraglichen Thatsachen berufen, blos um den Richter davon in Kenntniß zu setzen und ihm die Berücksichtigung derselben möglich zu machen; die Wirkungen dieser Thatsachen treten dagegen auch ohne diese Berufung vollständig ein, und wenn die Parthei dieselbe wissentlich unterläßt, so zahlt sie nicht etwa als Debitor, sondern als Schenker. Hier dagegen wird erst durch die Berufung der Parthei das Recht der Komp. begründet; das blose Dasein der Gegenforderung ist zunächst noch ein ganz wirkungsloses Faktum und wenn der Verklagte sich wissentlich nicht darauf beruft, so zahlt er als wirklicher Schuldner, indem das Klagerecht noch in seiner vollen Integrität besteht.

2) Auch Brinz a. a. O. bringt — theilweise nach dem Vorgang von *Donell.* comm. in Cod. ad l. 4. h. t. in opp. VIII. p. 326 — das: ipso jure in der Kompensat. Lehre, in Gegensatz zu dem „ope exceptionis", aber in einem ganz andren Sinne. Während nämlich Martinus und seine Nachfolger diesem Ausdrucke eine materielle Bedeutung beilegen, daß nämlich die beiden gegenübertretenden Forderungen von selbst aufgehoben würden, nimmt umgekehrt Brinz sehr entschieden an, daß die Kompensation „nie und in keiner Weise" von selbst eintrete, und er verbindet demgemäß mit dem „ipso jure" die rein formelle Bedeutung, daß damit lediglich das Kompensiren durch förmliche exceptio negirt werde; daß es bei judicia bonae fidei keiner solchen exceptio bedurft habe, werde ja auch von Allen zugegeben, aber dasselbe sei auch richtiger Ansicht nach bei judicia str. jur. der Fall gewesen, indem hierbei ja das

agere cum compensatione Statt gefunden habe. — Da, wie wir oben Nr. II. a. E. sahen, diese letztre Behauptung irrig ist, indem vielmehr nach klassischem Rechte bei judicia str. jur. die exceptio doli wirklich in die formula inserirt werden mußte: so fällt damit die Ansicht von Brinz von selbst zusammen. Aber dieselbe müßte m. E. selbst dann zurückgewiesen werden, wenn die Prämissen von Brinz begründet wären, denn eine so ganz äußerliche Auffassung des ipso jure im Gegensatz von ope exceptionis, wornach dasselbe lediglich bedeuten soll, daß keine spezielle exceptio in die formula inserirt worden sei, ist unsren Quellen fremd, wie schon daraus hervorgeht, daß ja darnach bei Obligationen des guten Glaubens alle Erlöschungsgründe ipso jure wirken müßten, was wohl Niemand ernstlich behaupten wird. Vgl. übrigens auch Fuhr S. 134 fgg. und Dernburg S. 304 fgg.

3) Das m. E. ganz unzweifelhafte Ergebniß der bisherigen Erörtrungen ist, daß die Kompensation immer nur ope exceptionis wirkt, sowohl bei judicia bonae fidei, als bei judicia str. jur., d. h. daß durch die Entstehung einer kompensablen Gegenforderung nur ein Recht auf Kompensation begründet wird, aber noch keine Kompensation eintritt. Ehe sich einer der beiden Gegengläubiger auf Komp. beruft, bleiben beide sich gegenüber stehende Forderungen in ihrer vollen Integrität; es bleiben also auch Pfandrechte, Bürgschafts-Bestellungen u. dgl. vollkommen giltig, und wenn etwa eine der beiden Forderungen in andrer Weise erlöscht, ehe es zur Durchsetzung der Komp. kommt, so ist bei der übrigbleibenden Alles ganz so, wie wenn niemals eine kompensable Gegenforderung ihr gegenüber gestanden hätte. Sobald aber einer der beiden Gläubiger sein Recht auf Komp. durchgesetzt hat, werden beide Forderungen in der Art aufgehoben, daß dabei nicht etwa der Augenblick des Urtheils, sondern vielmehr rückwärts der Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird, in welchem die beiden Forderungen einander gegenüber getreten sind, T. 5:

„*ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur*",

und damit hängt zusammen, daß nun auch für die Zwischenzeit von keiner Seite Zinsen gefordert werden dürfen. T. 5. vgl. l. 11. h. t., l. 5. C. h. t., l. 7. C. de solut. (8, 43), daß von einer Mora und ihren Nachtheilen für die Zwischenzeit keine Rede sein kann, vgl. l. 40 de R. C. (12, 1) [„non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest"], daß, wenn einer der Forderungen ein Pönalvertrag beigefügt, und die darin festgesetzte Frist inzwischen abgelaufen ist, doch die Strafe nicht als verfallen angesehen werden kann, arg. l. 31. §. 1 de H. P. (5, 3) — [der Widerspruch von Brinz S. 17 fgg. ist nach Form und In-

halt keiner Entgegnung werth, s. auch Dernburg S. 493 Not. 2] —, und damit hängt endlich auch zusammen, daß wenn aus Irrthum die Komp. unterlassen und Zahlung geleistet worden ist, das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückgefordert werden darf, l. 10. §. 1. h. t., vgl. l. 30. de cond. indeb. (12, 6). — Diese quellenmäßigen Sätze nun sind es, welche die Veranlassung zu einer Begriffsbestimmung von ipso jure gegeben haben, welche schon von Azo aufgestellt, in der Accursischen Glosse (ad leg. 4. C. h. t.) angenommen, und h. z. T., nachdem sie längere Zeit durch die Lehre von Martinus fast gänzlich verdrängt werden war, von der weit überwiegenden Zahl unsrer Rechtslehrer vertheidigt wird. Indem man nämlich alle jene Sätze auf den gemeinsamen Grundgedanken zurückführt, daß dann, wenn die Kompensation durchgeführt sei, beide Forderungen rückwärts so vernichtet würden, wie wenn im Augenblicke, wo sie sich gegenüber traten, eine wechselseitige Zahlung Statt gefunden hätte, so gelangt man zu folgendem Dogma: die Kompensation wirkt immer nur ope exceptionis, und das *ipso jure* hat blos den Sinn, daß dann, wenn einer der beiden Gegengläubiger von seinem Einrederecht Gebrauch macht, dies dieselbe Wirkung haben soll, wie wenn die beiden gegenüberstehenden Forderungen sich gleich im Augenblicke ihres Gegenübertretens ipso jure vernichtet hätten, daß also der vorgeschützten und durchgeführten Einrede der Kompensation die Wirksamkeit eines *ipso jure* wirkenden Erlöschungs-Grundes beigelegt worden sei; vgl. z. B. Hasse, Bethm. Hollweg, Krug, Sintenis, Fuhr a. d. aa. OO., und die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 676, Mühlenbruch §. 472, Seuffert §. 288. Göschen §. 464, Puchta §. 290, Arndts §. 265, Holzschuher II. S. 345, Koch II. S. 632 fg. S. 682 fg., Unterholzner I. S. 552 fg., *Molitor* III. p. 223. u. A. m. Diese Ansicht, die auch in den früheren Auflagen dieses Lehrb. angenommen ist, hat vor den bisher betrachteten den entschiedenen Vorzug, daß ihre Resultate in keinem einzigen Punkte mit unsren Quellen im Widerspruch stehen, und daß sie also jedenfalls unschädlich ist, und eben so wenig kann ich auch einen innern Widerspruch in dieser Lehre finden, denn daß die Art, wie Brinz dieselbe charakterisirt: „die Kompensation tritt nicht von selbst ein; sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten" Brinz S. 9, oder „die Komp. tritt nicht von selbst und dennoch von selbst ein" Br. S. 101, mehr witzig als wahr ist, bedarf wohl keiner besondren Nachweisung. Deßungeachtet muß man aber doch wohl einräumen, daß auch diese Lehre nicht wahrhaft befriedigend ist. Dieselbe lauft nämlich augenscheinlich darauf hinaus, daß nach durchgeführter Kompensat. Einrede die Fiktion Platz greifen soll, es sei schon von

Anfang an im Augenblick der Koexistenz der beiden Forderungen eine wechselseitige Aufhebung derselben eingetreten. Nun ist aber in der That kein irgend genügender Grund aufzufinden, der eine solche Fiktion hätte veranlassen können, denn sämmtliche vorher angeführten Wirkungen der Komp., die man mit dieser Fiktion in Verbindung zu bringen pflegt, erklären sich sehr viel einfacher schon allein daraus, daß im Augenblick der Koexistenz der beiden Forderungen ein Recht auf Kompensation entsteht, daß also in diesem Momente eine *justa exceptio* begründet wird. Da nämlich „*debitor esse desinit*, qui nanctus est exceptionem justam"; l. 66. de R. J., so versteht es sich auch bei andren peremtorischen Einreden schon ganz von selbst, daß im Augenblicke ihrer Begründung der Zinsenlauf sistirt wird, daß von keiner mora mehr die Rede sein kann, l. 40. de R. C., und daß im Falle irrthümlicher Zahlung eine condictio indebiti eintritt, l. 26. §. 3. 7., l. 32. §. 1, l. 40. pr. §. 2 de cond. indeb. (12, 6); und daraus folgt von selbst, daß es doch offenbar für die Kompensations-Einrede keiner besondren Fiktion bedarf, um jene Wirkungen herbeizuführen; vgl. Dernburg S. 487 fgg. Dazu kommt aber noch, daß nirgends in unsren Quellen auf ein solches fingirtes ipso jure hingewiesen wird; überall heißt es schlechthin, ohne allen beschränkenden Beisatz: „ipso jure compensari", „ipso jure compensationem haberi" u. s. w., und wir sind doch wohl schwerlich befugt, dies nicht von einem wirklichen, sondern nur von einem fingirten ipso jure zu verstehen; s. auch Brinz S. 9. fgg., Dernburg S. 299 fgg.

4) Wir haben gesehen, daß alle Versuche, das ipso jure in der Kompensat.-Lehre aus der Art und Weise der Geltendmachung der Kompensatio oder aus den besondren Wirkungen der Kompensat.-Einrede zu erklären, mißlungen sind. Einen andren Weg schlägt jetzt Dernburg S. 310 fgg. ein; er nimmt nämlich an, daß durch den Ausdruck: ipso jure compensari nichts anderes ausgesprochen werde, „als der Gedanke, daß Kompensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Partheien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe, wenn sich Gegenforderungen gegenüber träten. Als Gegensatz stehe im Hintergrunde, daß es nicht mehr von besondren Umständen, nicht den besondren Verkehrsverhältnißen der Partheien, nicht mehr vom freien Ermessen des Richters abhänge, ob sie statt finden solle". Ich trage kein Bedenken mich dieser Ansicht anzuschließen, da sie mehr, als jede andere geeignet ist, die mancherlei Schwierigkeiten, die uns bei der hier behandelten Frage entgegentreten, zu beseitigen. Sie entspricht nicht nur im Allgemeinen dem Sprachgebrauch unsrer Quellen, in denen sehr oft und in den mannichfaltigsten Verhältnissen das

ipso jure in jenem Sinne vorkommt, vgl. die zahlreichen Belege bei Dernburg S. 315 fgg., sondern sie steht auch mit den Stellen, in denen speziell das „ipso jure *compensari*" erwähnt wird, in vollem Einklange, Dernburg S. 320 fgg.; vgl. auch Rudorff in Puchta's Vorles. 4. Aufl. Bd. II. S. 151. Anm. 2. Daß man diese Deutung, so nahe sie zu liegen scheint, doch so allgemein ignorirt hat, erklärt sich wohl theils daraus, daß man bei Erlöschungsgründen von Obligationen unwillkürlich nur an den Gegensatz von ipso jure und ope exceptionis denkt, theils aber auch daraus, weil der Gedanke, daß es ein Kompensations-Recht gebe, doch zu einfach und trivial schien, um eine öftere und mit Nachdruck wiederholte Hervorhebung desselben erwarten zu können. Erwägt man aber, daß es wirklich sehr lange Zeit hindurch kein wahres Komp.-Recht bei den Römern gab, sondern dasselbe sich nur sehr allmählich und schrittweise entwickelt hat, so kann es uns nicht Wunder nehmen, daß mit Entschiedenheit auf diese Errungenschaft hingedeutet wird, und zwar um so mehr, da begreiflich erst seit dieser Zeit von einer juristischen Theorie der Kompensation die Rede sein konnte.

IV. Die herrschende Lehre setzt in sehr genügender, den Gesetzen und der Natur der Sache völlig entsprechender Weise, Kompensation und Retention einander so gegenüber, daß bei der erstren, welche eine gegenseitige Aufhebung der beiden Forderungen herbeiführt, wesentlich Gleichartigkeit des Gegenstands (par species) vorausgesetzt wird, während es auf Konnerität des Entstehungsgrunds gar nicht ankommt (auch ex dispari causa); daß aber bei der letztren, welche keine Aufhebung, sondern nur einen Zwang zur Erfüllung involvirt, umgekehrt gerade die Konnerität des Entstehungsgrundes die wesentliche Voraussetzung ist, während die Gleichartigkeit des Gegenstandes dabei irrelevant ist. Dagegen gelangt jetzt Brinz S. 54 fgg. S. 116 fgg. S. 142 fgg. durch eine wahrhaft divinatorische Interpretation der l. ult. C. h. t. und des §. 30. J. de act., und durch Kombination dieser Stellen mit der l. 14. C. de sentent. et interloc. (7, 45), zu dem Resultate, daß Justinian in den zwei oder drei Zeilen der l. ult. pr. h. t. (T. 6.) ein neues, aus der eigentlichen Kompensation, der Retention und der Widerklage kombinirtes Rechtsinstitut, mit dem allgemeinen Namen „compensationes", geschaffen habe, wornach der Beklagte stets ipso jure berechtigt sein soll, einer jeden Klage einen jeden Gegenanspruch, ohne alle Rücksicht auf Konnerität des Entstehungsgrundes und auf Gleichartigkeit des Gegenstandes vertheidigungsweise mit der Wirkung entgegen zu setzen, daß über Klage und Gegenanspruch gemeinsam erkannt werden müsse. M. E. ist es zu bedauern, daß soviel Mühe und Scharfsinn aufgewendet worden ist, um einen Rechtssatz in die

Gesetze hinein zu interpretiren, welcher nicht nur in prozessualischer Beziehung, sondern auch für das materielle Recht in hohem Grade bedenklich ist, so daß wir uns Glück wünschen können, daß derselbe in Wahrheit den Gesetzen völlig fremd ist. Vgl. auch Arndts Lehrbuch §. 264. Anm. 7. und Dernburg S. 195 fgg.

Anm. 2. Ob und inwiefern zur Geltendmachung der Kompensation Liquidität der Gegenforderung erforderlich sei, war von jeher streitig vgl. Glück XV. S. 77 fgg. und die dort Angeff., Reh im ziv. Arch. II. 17, Hasse, Bethmann-Hollweg, Tellkampf in den angeff. Abhandlungen, Krug §. 89 fgg., Fuhr S. 235 fgg., Hartter S. 219 fgg., Fritz zu Wening II. S. 406 fgg., Habicht gemeinrechtl. Kontrov. I. S. 269 fgg., Brinz S. 151 fgg., Scheurl S. 174 fgg., Dernburg S. 463 fgg. Die einzige Stelle, die im Justinianischen Rechte diesen Punkt ex professo bespricht, ist die l. 14. §. 1. C. h. t. (T. 6). Man bemerke darüber:

1) Manche leiten daraus ab, daß immer, um die Komp.-Einrede mit Effekt vorschützen zu können, die behauptete Gegenforderung in continenti beweisbar sein müsse, und nicht ohne Schein beruft man sich hierfür auf den ersten Passus des §. 1; die folgenden Worte enthielten nach dieser Ansicht blos eine Motivirung der allgemeinen, in jenem ersten Passus ausgesprochenen Verfügung, und dürften nicht zur Beschränkung derselben benutzt werden; und für diese Meinung beruft man sich wohl auch noch auf §. 30. J. de act. [„eas compensationes, quae jure aperto nituntur“], und auf Theophil. ad §. 39. J. de act. [nach der Uebersetzung von *Reitz*: „Ideo autem dixi *ut plurimum*, quia, si contingat non liquidum („μὴ σαφὲς“) esse debitum quod in compensationem opponitur, actor nihilominus integrum debitum repetet“]. Ungeachtet dieser nicht unscheinbaren äußeren Gründe hat doch diese Theorie niemals zahlreiche Vertheidiger gefunden, und in der That würde sie auch, in ihrem praktischen Erfolge, zu dem abstoßenden Resultate führen, daß dadurch die ganze aequitas compensationis fast völlig paralysirt würde. Man hat daher regelmäßig bei Interpretation der l. 14. §. 1. cit. auch die Motivirung des Kaisers dazu benutzt, um das scheinbar absolut vorgeschriebene Requisit der Liquidität sachgemäß zu beschränken, und demgemäß bezogen die Meisten, besonders nach dem Vorgange von Donell, Justinian's Vorschrift blos auf den Fall, wenn die Komp.-Einrede erst später im Laufe des Prozesses vorgeschützt werde, während dann, wenn die Einrede sogleich mit der Litiskontestation vorgebracht sei, von diesem Erforderniß keine Rede sein könne. Es scheint aber, daß, während die erstangeführte Auslegung Justinian's Vorschrift gewiß zu allgemein auffaßt, und auf die Motivirung des Kaisers mit Unrecht gar keine Rücksicht nimmt,

diese zweite Interpretation in den umgekehrten Fehler fällt, und Justinian's Verordnung übermäßig beschränkt. Offenbar ist nämlich, wenn man den ganzen §. 1. in vollem Zusammenhange auffaßt, der einfache Gedanke des Kaisers der, daß die Vorschützung der Komp.-Einrede nicht dazu benutzt werden dürfe, um einen Prozeß übermäßig in die Länge zu ziehen, und daß also der Richter, wo er dergleichen wahrnähme, berechtigt und verpflichtet sein soll, die Einrede zu verwerfen und ad separatum zu verweisen, einerlei ob dieselbe gleich im Anfang des Prozesses oder in einem späteren Stadium desselben vorgebracht wird. Das Letztere hebt der Kaiser allerdings besonders hervor, aber augenscheinlich nicht, um dadurch seine Verordnung auf diesen Fall zu beschränken, sondern nur, um in einem auf die Spitze getriebenen Falle die Zweckmäßigkeit und Billigkeit seiner Verfügung zu veranschaulichen. Der wahre dispositive Inhalt des Gesetzes liegt demnach allerdings nur in den Eingangsworten des §. 1., die aber ganz und gar nicht den Sinn haben, daß die zum Zweck der Kompensation behauptete Gegenforderung immer sogleich vollständig bewiesen sein müsse, sondern, im Zusammenhange mit der folgenden Entwicklung der Motive, nur sagen wollen, daß der Beweis der Komp.-Einrede voraussichtlich nicht so zeitraubend und verwickelt sein dürfe, daß derselbe außer Verhältniß stehe zu dem Beweise der Klageforderung. Es wird also mit anderen Worten keine absolute, sondern nur eine relative Liquidität vom Kaiser verlangt, aber diese muß auch vorhanden sein, einerlei in welchem Prozeßstadium die Komp.-Einrede vorgeschützt wird, vgl. auch Schol. ad Basil. XXIV. 10. 28. (bei Fabr. schol. K. III. p. 584, bei Heimb. schol I. tom. III. p. 48.): Recte autem dixit: *si judex admiserit;* licet enim et non admittere, utputa cum certo debito dubii compensatio objicitur [*ὡς ὅτε ὡμολογημένῳ χρέει τὸ ἀμφισβητούμενον χρέος ἀντιτίθεται εἰς κομπενσατίονα*]; hanc enim admittere non debet. S. bes. Hasse und Bethm.-Hollweg in den angeff. Abhh., denen auch im Wesentlichen die meisten Neueren beistimmen; s. namentlich Dernburg S. 473 fgg. Doch ist Krug a. a. O. wieder zu der älteren, von Donellus vertheidigten Meinung zurückgekehrt, und sucht dieselbe mit neuen Gründen zu unterstützen, indem er namentlich darauf aufmerksam macht, daß nur dadurch ein innerer Zusammenhang zwischen dem princ. und dem §. 1. der l. 4. cit. herbeigeführt werde. Krug geht nämlich dabei von der Ansicht aus, daß die im princ. eingeführte Neuerung wesentlich darin bestehe, daß jetzt bei allen Klagen die Komp. ipso jure wirken solle, während dies vorher nur bei den judiciis bonae fidei der Fall gewesen sei, und diese Neuerung habe insbesondere die Wirkung hervorgebracht, daß man jetzt auch allgemein nach der Litiskontestation die

Komp.-Einrede habe vorschützen dürfen; damit dies aber nicht zu wesentlicher Benachtheiligung des Klägers und übermäßiger Verzögerung des Prozesses führe, habe Justinian in §. 1. die verständige Beschränkung hinzugefügt, daß dann, wenn erst post litem contestatam die Komp.-Einrede vorgeschützt werde, sie nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn sie in continenti bewiesen werden könne. Da aber die Prämissen, von denen hier Krug ausgeht, meiner Ueberzeugung nach irrig sind, vgl. die vorhergehende Anm., so kann auch durch diese Argumentation die Meinung des Donellus keinen sichern Halt gewinnen; vgl. auch dagegen Fuhr a. a. O. S. 235 fgg.

2) Die l. 14. cit. spricht augenscheinlich von Kompens.-Einreden jeder Art, und wenn Viele, besonders nach dem Vorgang von Hasse und Bethm. Hollweg das Erforderniß der Liquidität blos bei Gegenforderungen ex *dispari* causa anerkennen wollen, so muß dies als willkürlich zurückgewiesen werden, obwohl sich gute innere Gründe für eine solche Unterscheidung anführen lassen. Wenn Scheurl a. a. O. jenes Erforderniß sogar nur bei Komp.-Einreden gegen dingliche Klagen und gegen Forderungsklagen im Falle ursprünglicher dispar species zulassen will, so beruht dies auf der m. E. irrigen Voraussetzung, daß die Liquidität nur für diejenigen Fälle vorgeschrieben sei, für welche erst durch Justinian eine Kompensation eingeführt sei; und wenn endlich Brinz jenes Erforderniß für die eigentliche Kompensat. ganz bestreitet, und es nur dann anerkennt, wenn nichtkonnexe Ansprüche mit ungleichartigem Gegenstande der Klage entgegengesetzt werden, so hängt dies unmittelbar mit der eigenthümlichen, am Ende der Anm. 1. besprochenen Ansicht dieses Schriftstellers über die „compensationes" des Justinianischen Rechts zusammen.

3) Wird in einem Rechtsstreit die Komp.-Einrede nach Lage der Sache wegen Illiquidität nicht zugelassen, so hat der Richter dem Beklagten nicht etwa nur die demselben schon ohnedies aus seinem Gegenanspruch zustehenden Rechtsmittel, sondern er hat ihm die Kompensation vorzubehalten („*eas*, scil. compensationes, alii judicio reservent", l. 14. §. 1. cit.), was begreiflich von großer Wichtigkeit sein kann, wenn etwa durch Kompensation der Zinsenlauf gehemmt war, wenn der Gegenanspruch aus einer obligatio naturalis hervorgeht u. dgl. Das Kompens. Recht selbst ist also von der Liquidität der Gegenforderung völlig unabhängig, und nur die Zulassung der Komp.-Einrede in einem konkreten Prozesse kann unter Umständen dadurch bedingt sein; vgl. Hasse S. 201., Dernburg S. 474 fg.

4) Nicht selten wird für fiskalische Prozesse die Besonderheit angenommen, daß der Beklagte seine Gegenforderungen an den Fiskus

innerhalb zweier Monate beweisen müsse, l. 45. §. 4. de jure fisci (49, 14). Verbindet man aber hiermit die l. 41. C. Theod. de appellat. (11, 30), wornach „antiquo jure“ fiskalische Prozesse überhaupt in zwei Monaten zu beendigen waren, so enthält die l. 45. cit. offenbar nur die Einschärfung, daß auch wegen Kompensat.-Einreden jene allgemeine Frist nicht verlängert werden soll. Mit dem Wegfall des in l. 41. cit. angedeuteten Grundsatzes hat daher auch die l. 45. cit. ihre Bedeutung verloren, vgl. Dernburg S. 469.

5) Daß die hier dargestellten Bestimmungen der l. 14. §. 1. C. cit. auch mit unsrem heutigen gemeinen Prozeßrechte, ungeachtet der Vorschriften des J. R. A. §. 48, recht wohl vereinbar sind, kann im Ernste nicht bezweifelt werden. Dennoch aber hat sich seit längerer Zeit eine ziemlich entschiedene Praxis dafür ausgesprochen, daß h. z. T. im ordentlichen Prozesse es auf Liquidität der Gegenforderung nicht mehr ankomme, sondern die Komp.-Einrede in Betreff des Beweises andren Einreden ganz gleichstehe; vgl. die Nachweisungen bei Dernburg S. 476 fgg.

---

3) Novation. §. 619.

Dig. XLVI. 2, Cod. VIII. 42. [41.] de novationibus et delegationibus. — Koch, von dem Uebergang der Forderungsrechte §. 50 fgg., Unterholzner I. S. 621 fgg., Liebe, Stipulation S. 204 fgg., Gneist, form. Vertr. S. 138 fgg. S. 229 fg., Heimbach im Rechtslex. VII. S. 383 fgg., *Molitor* III. p. 257 sqq. 278 sqq. Vgl. auch Hoffmann, Beiträge zu der Lehre von der Delegation, in Sell's Jahrbb. III. S. 396 fgg. und Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. Jena 1850.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.

2) *Idem* l. 14. pr. §. 1. h. t.: Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo

conditio impletur. Unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat. [Vgl. Gai. III. 79, wo auch eine abweichende Meinung des Servius Sulpicius referirt und verworfen wird, §. 3. J. quib. mod. obl. toll., l. 30. §. 2. de pact. (2, 14), l. 8. §. 1, l. 31. pr. h. t., l. 56. §. 8. de V. O. (45, 1), l. 72. §. 1. de solut. (46, 3)]. §. 1. Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum extiterit conditio; etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secunda transfert. Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, quum extitit conditio, non est persona, quae obligetur. Vgl. l. 8. §. 1. h. t.

3) *Justinian.* l. 8. [ult.] C. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem juniorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt, causa procedat; hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. Cf. §. 3. J. quib. mod. obl. toll.: Sed quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerit, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit Constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum no-

vationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae Constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere. — Wenn viele ältere und neuere Juristen doch eine novatio *tacita* zulassen, und die abgedruckten Gesetze nur davon verstehen wollen, daß es keine novatio *praesumta* mehr gebe, vgl. z. B. v. Löhr in seinem Magazin IV. 3, Fritz zu Wening II. S. 410 fgg. und in seiner Ausgabe des Lehrb. §. 247, Kattenhorn in Neßhirt's Zeitschrift IV. S. 324 fgg., Unterholzner I. S. 628 fgg., Seuffert §. 293, Mühlenbruch §. 475, Puchta §. 291, Hufnagel, Mittheilungen I. S. 9 fgg., Fein a. a. O. S. 28 fgg., Arndts §. 268, *Molitor* p. 268 sqq. u. A. m.: so ist diese Meinung ohne Zweifel sehr verständig, aber m. E. mit den Worten Justinian's nicht zu vereinigen, vgl. auch v. Berg, jur. Beob. I. S. 203 fgg., Gesterding im ziv. Arch. II. S. 232 fgg., Hepp das. XV. 11, Sintenis in der Gießer Zeitschrift IX. 5, Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 19, Schaffrath, prakt. Abh. S. 140 fgg., Bucher, Recht der Fordr. S. 546., Thibaut §. 595, Schweppe §. 632, Valett §. 505, Göschen §. 454, Roßhirt §. 416, Heimbach a. a. O. S. 386 fgg., Grotefend in der Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 272 fgg. u. A. m. Vgl. auch Seuffert's Arch. VI. Nr. 175. 262. VII. Nr. 167.

4) Konfusion. §. 620.

Lauterbach de confusione; in Diss. acad. tom. I. nr. 56, Koch II. S. 730 fgg., Unterholzner I. S. 567 fgg., *Molitor* III. p. 309 sqq. Vgl. auch Girtanner, Bürgsch. S. 504 fgg.

1) *Scaevola* l. 93. de solut. (46, 3): Si duo rei sint stipulandi, et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio. Placet, non confundi. Quo bonum est, hoc dicere? Quodsi intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres extitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est hujus rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit,

intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine, an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit, necne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum heredem scripsit, confunditur obligatio. §. 2. Sed et si reus heredem fidejussorem scripserit, non confunditur obligatio; et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties duae sint principales, alteram alteri potius adjici ad actionem, quam confusionem parere videatur. §. 3. Quid ergo, si fidejussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat. (Es kann kaum zweifelhaft sein, daß die Lesart sowohl in §. 1. als in §. 2. durch Versehen eines Abschreibers korrumpirt ist; offenbar gehört nämlich das *non*, was irriger Weise in §. 2. vor den Worten: confunditur obligatio steht, vielmehr vor diese Worte in §. 1, wo es irrthümlich weggelassen ist; vgl. auch die von *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 118. Zitirten. In den Basiliken (XXVI. 5. 93.) fehlt merkwürdiger Weise die Negation in beiden Paragraphen).

2) *Papinian.* l. 95. §. 3. eod.: Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, toties verum est, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur. (Auch diese Stelle ist sicher korrumpirt, indem vor duntaxat das Wort »*natura*«, und vor liberabitur ein »*non*« eingeschoben werden muß, vgl. die bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 120 sqq. Angeff. und siehe auch die übrigen oben Bd. I. S. 357. Genannten. Diese Emendation findet eine wesentliche Stütze in den Basiliken XXVI. 5. 95: „σὶ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται“ und die Einschiebung eines »non« wird auch schon durch den gleich folgenden Gegensatz gerechfertigt: »e contrario non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem« etc. Ueber diesen letzteren Theil der Stelle vgl. die oben Bd. I. S. 357. gegebene Erklärung).

3) *African.* l. 38. §. 5 eod.: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem te heredem

instituit; quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. (Vgl. Girtanner, Bürgsch. S. 511 fgg).

5) Remissorische Geschäfte. §. 621.

Dig. II. 14, Cod. II. 3. de pactis; Dig. XLVI. 4, Cod. VIII. 44. de acceptilat. — Heimbach im Rechtslex. VII. S. 496 fgg., v. Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß. München 1850, Scheurl, Beiträge Bd. II. S. 16 fgg. — Koch II. S. 686 fgg., Unterholzner I. S. 478 fgg., *Molitor* III. p. 189 sqq. 242 sqq.

1) §. 1. J. quib. mod. oblig. toll.: Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* et Titius respondeat: *Habeo.* — — Quo genere, ut diximus, tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.

2) §. 3. J. de except. (4, 13): Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur; qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: *si paret eum dare oportere.* Sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. — 3) *Papinian.* l. 95. §. 4. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur. — 4) *Paul.* l. 17. §. 1. de pact. (2, 14): Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti.

5) §. 4. J. quib. mod. obl. toll.: Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntuur. Nam si Titius et Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emtum Sejus haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emtione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt — 6) *Gordian.* l. 1. C. quando liceat (4, 45): Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Anm. Ob ein pactum de non petendo auch noch h. z. T. ebenso, wie nach Justinianischem Rechte, die Forderung blos ope exceptionis aufhebe, oder ob dasselbe jetzt vielmehr ipso jure vernichtend wirke, ist bestritten; vgl. über die verschiedenen Ansichten z. B. Guyet, Abhandl. Nr. 11, Büchel, zivilrechtliche Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 45 fgg., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 420 fgg.. Sehr Viele nehmen das Letztre an, und berufen sich dafür auf den bekannten Grundsatz des deutschen Rechts, daß alle pacta klagbar seien, oder wie man es auszudrücken liebt, daß alle pacta h. z. T. wie die Befragungs-Verträge des römischen Rechts wirkten. M. E. kommt aber dieser Grundsatz bei unsrer Frage gar nicht in Betracht, und ich nehme keinen Anstand, mich in Betreff der Nachlaßverträge für die fortdauernde Giltigkeit des römischen Rechts zu erklären. Daß nämlich das pactum de non petendo nicht ipso jure die Obligation aufhob, sondern nur ein jus exceptionis begründete, ist nicht etwa eine Folge seiner Formlosigkeit, sondern es ging dies konsequent aus dem Inhalte eines solchen Vertrags hervor, und mußte gewiß ganz eben so auch dann angenommen werden, wenn etwa die Form der Stipulation angewendet war. Der Gläubiger verspricht ja nur, die ihm zustehende Forderung nicht geltend machen zu wollen, und aus einem solchen Versprechen kann doch unmöglich eine unmittelbare Vernichtung der Obligation hervorgehen, sondern nur ein Recht des Schuldners auf Erfüllung dieses Versprechens, also nur ein jus exceptionis. Allerdings zwar kommen einige Fälle vor, in welchen ein Nachlaßvertrag doch ipso jure wirken soll, nämlich bei

Natural- und bei einigen Delikts-Obligationen, vgl. T. 3 und 4; aber dies widerstreitet unsrer Ansicht nicht, indem die erste Ausnahme in Betreff der Natural-Obligationen doch wohl nur eine aus Gründen der aequitas angenommene Inkonsequenz ist, die zweite Ausnahme in Betreff der Delikts-Forderungen sich aber daraus erklärt, daß hier nicht sowohl durch das pactum als solches, sondern vielmehr durch die in einem solchen Paktum sich aussprechende Verzeihung des Beschädigten die Forderung ipso jure aufgehoben wird. — Ist es aber gegründet, daß nicht aus der Formlosigkeit, sondern aus dem Inhalt des Vertrags und der sich darin aussprechenden Absicht der Paziszenten es erklärt werden muß, daß das pactum de non petendo nur ope exceptionis wirkt, so versteht es sich von selbst, daß daran in unsrem heutigen Rechte nichts geändert ist. — Uebrigens fällt die hier besprochene Frage nicht, wie Manche glauben, mit der andren zusammen, die oben S. 107 fg. zur Sprache gebracht ist, ob nämlich das pactum de non petendo, welches mit einem correus debendi oder credendi abgeschlossen ist, nicht h. z. T. eben so, wie nach römischem Rechte die Acceptilation, die ganze Korreal-Obligation zerstöre? Auch wenn wir annehmen müßten, daß nach heutigem Rechte der Nachlaßvertrag ipso jure wirke, so müßten wir dennoch diese zweite Frage aus den oben S. 107 dafür angeführten selbständigen Gründen verneinen.

Ich habe vorher behauptet, daß der Grundsatz des deutschen Rechts, wornach alle pacta klagbar sind, ohne Einfluß auf die Theorie der Nachlaßverträge bleiben müsse. Das versteht sich aber von selbst, daß dadurch die Sphäre des s. g. *mutuus dissensus* (T. 5. 6.) wesentlich erweitert worden ist. Da nämlich in Folge jenes Grundsatzes die bei weitem meisten Vertrags-Obligationen, einseitige so gut wie zweiseitige, h. z. T. solo consensu entstehen, so muß hier überall auch die Erlöschung contrario consensu Platz greifen, und dadurch wird allerdings die Obligation *ipso jure* aufgehoben. Es unterscheidet sich aber dieser contrarius consensus von dem pactum de non petendo wesentlich dadurch, daß derselbe gar keinen wahren Vertrag, also kein Versprechen, enthält, sondern eine unmittelbar auf das Nichtmehrdasein der Obligation gerichtete Willenseinigung ist. — Da übrigens diese Schuldaufhebung durch contrarius consensus h. z. T. in so sehr viel weiterem Umfange anwendbar ist, als im römischen Rechte, so bietet sie einen ziemlich genügenden Ersatz für die aus dem heutigen Rechtsleben verschwundene Acceptilation, denn die Lehre mancher Neueren (vgl. z. B. Fritz a. a. O., Sintenis, pr. Zivilr. II. S. 143. Anm. 71, S. 476, Girtanner, Bürgsch. S. 480 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 267, Scheurl a. a. O. S. 24 fgg., Bähr, Anerkennung S. 164),

daß es auch h. z. T. s. g. Erlaßverträge gebe, welche, verschieden von den pacta de non petendo und dem contrarius consensus, ganz die Stelle der römischen acceptilatio einnähmen, entbehrt m. E. einer jeden positiven Grundlage.

---

6) Concursus causarum lucrativarum. §. 622.

de Retes, opusc. lib. VII. cap. 6, lib. VIII. cap. ult. (in Meerm. thes. VI. p. 378 sqq. p. 409 sqq.), *Majans.*, Disput. jur. I. 7, Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 24 fgg., W. Sell über die römischrechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch conc. duar. causar. lucrativar. Zürich 1839, Mommsen, Beiträge zum Obligat. Recht. Bd. I. S. 255 fgg., Bd. III. S. 413 fgg. vgl. mit Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. S. 130 fgg. — Koch II. S. 577, Unterholzner I. S. 564 fgg., *Molitor* III. p. 317 sqq. (Vgl. auch oben Bd. II. §. 545).

Viertes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen.

I. Obligationen aus Realkontrakten.

Inst. III. 14. quibus modis re contrahitur obligatio.

1) Darlehn und verwandte Obligations-Verhältnisse.

A) Vom Darlehns-Vertrag. §. 623.

Dig. XII. 1. de rebus creditis si certum petetur et de condictione, Cod. IV. 1. de rebus creditis, IV. 2. si certum petatur. — Glück XI. S. 464 fgg., XII. S. 1 fgg., Unterholzner II, S. 10 fgg., Koch III. S. 259 fgg., *Molitor* II. p. 453 sqq., Heimbach, die Lehre vom Kreditum. Leipz. 1849. S. 131 fgg. (Ueber die ältere Literatur vgl. die Nachweisungen bei Glück XI. S. 464. Not. 14).

1) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig.: Mutui datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur;

unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

2) *African* l. 34. pr. mandati (17, 1): Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, quum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam, alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, quum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui argentum accepisset. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo numi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

3) *Ulpian*. l. 27. h. t.: Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntnr. Vgl. Heimbach a. a. O. S. 254 fgg., Kleinschrod über l. 27. de R. C. Heidelb. 1851.

Anm. 1. Zur Begründung einer wahren Darlehnsschuld (pecunia credita im engeren Sinne des Worts; über den weiteren Begriff vgl. Heimbach a. a. O. S. 48 fgg. bes. S. 57 fgg.) wird nach strenger Rechtsansicht erfordert, daß das Geld unmittelbar aus dem Eigenthum des Gläubigers heraus in das Eigenthum des Schuldners übergegangen sei, daß also die „numi, qui mei erant, tui fiant". T. 1 und 2, vgl. l. 3. §. 1. de O. et A. (44, 7) [dantis esse numos, et fieri accipientis"].

I. Von einer condictio ex mutuo kann also keine Rede sein, wenn der Empfänger der numi gar nicht Eigenthümer geworden

ist, und darnach versteht es sich von selbst, daß nur derjenige ein wahres Mutuum begründen kann, welcher selbst Eigenthümer ist, l. 2. §. 4, l. 16. h. t., und auch Veräußerungs-Befugniß hat, §. 2. J. quib. alienare licet (2, 8), l. 9. pr. de auct. et cons. tut. (26, 8). Wird aber in solchen Fällen von dem Empfänger nachher Eigenthum erworben, etwa durch commixtio (cf. l. 78. de solut. 46, 3) oder durch Verjährung, oder wird doch wenigstens für den Empfänger nachher derselbe Vortheil verschafft, wie wenn er wahrer Eigenthümer geworden wäre, wie namentlich, wenn er das Empfangene bona fide verbraucht, oder bona fide so weggegeben hat, daß er gegen jeden Regreß gesichert ist, so entsteht nun sehr natürlich nachträglich für den Geber eine condictio, die gewiß nichts anderes ist, als die condictio ex mutuo, obwohl man sie häufig für eine condictio sine causa, oder für eine eigenthümliche condictio (eine s. g. condictio de bene depensis oder de bona fide consumtis; vgl. darüber die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei Heimbach a. a. O. S. 206 fgg.) erklären will, vgl. §. 2. J. quib. alienare licet (2, 8), Theoph. ad h. l., l. 11. §. 2, l. 12, l. 13. pr. §. 1, l. 19. pr. §. 1 h. t., l. 24. pr. §. 2. de O. et A. (44, 7), l. 56. §. 2. de fidejuss. (46, 1). Ist das Empfangene mala fide verbraucht, so ist eine actio ad exhibendum, und unter Umständen eine condictio furtiva begründet, legg. citt.

II. Eben so war aber auch nach früherer strenger Rechtsansicht zur Begründung der condictio ex mutuo erforderlich, daß der Gläubiger Eigenthümer der pecunia credita gewesen sein, und von ihm die Uebertragung an den Schuldner geschehen sein mußte. Doch verträgt es sich mit diesem Grundsatz begreiflich noch recht gut, daß ein Mutuum dann angenommen wird, wenn mein Geld in specie bei einem Andern, z. B. als Depositum, steht, und ich durch diesen Detentor es an den Darlehnsschuldner übertragen lasse, oder ich auch mit dem Depositar selbst übereinkomme, daß er das Geld als Darlehen haben solle; denn hier paßt augenscheinlich noch ganz der Begriff: numi, qui mei erant, tui facti sunt, vgl. auch l. 34. pr. mandati (T. 2.), l. 9. §. ult. h. t. Aber die spätere Doktrin der römischen Juristen blieb bei diesem Begriff nicht stehen, sondern in manchen Fällen wurde über denselben hinaus singulärer Weise (vgl. l. 15. h. t.: „Singularia quaedam recepta sunt" etc., l. 34. pr. mandati: „id enim benigne receptum est") ein Mutuum angenommen, indem man, theilweise allerdings sehr frei, die Grundsätze über traditio brevi manu hier in Anwendung brachte. Es wird nämlich auch eine pecunia credita angenommen:

1) wenn der Gläubiger seinem Schuldner — der also das Geld des Gläubigers nicht gerade in specie in Händen hat — den

Auftrag giebt, die Zahlung an den künftigen Darlehnsschuldner zu machen. Dies erkennt auch schon **Afrikan** in T. 2. an, und eben so auch **Ulpian** in l. 15. h. t.:

„Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos numos non acceperis".

Dabei versteht sich aber von selbst, daß der Empfänger auch wissen muß, von wem er eigentlich das Geld erhält, und wenn ich also z. B. meinen Schuldner beauftrage, das mir schuldige Geld an den Sejus als Darlehn auszuzahlen, und Sejus glaubt, nicht mein Schuldner, sondern der Schuldner des Titius mache die Zahlung, so ist kein Darlehns-Vertrag zwischen mir und Sejus begründet, obwohl ich begreiflich mit einer condictio sine causa (der oft s. g. *condictio Juventiana*; vgl. die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei **Heimbach** a. a. O. S. 221 fgg.) das an denselben ausgezahlte Geld zurückfordern darf, l. 32. h. t.:

Juventius Celsus. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te exsistimem, non, quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest —, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est".

2) In konsequenter Fortbildung wurde dann eine pecunia credita auch in dem Falle angenommen, wenn durch Uebereinkunft mit dem Schuldner festgesetzt wird, daß dieser das geschuldete Geld als Darlehn haben solle. Dies leugnet zwar noch **Afrikan** auf das Bestimmteste in T. 2. aber eben so bestimmt wird es von Ulpian in l. 15. cit. zugestanden und begründet, denn dort heißt es in unmittelbarem Zusammenhang mit den vorher ausgezogenen Worten:

„Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta".

Daß diese letztre Ansicht als die des Justinianischen Rechts angenommen werden muß, hat schon den äußern Grund für sich, daß die l. 15. cit. in dem ex professo unsre Lehre behandelnden Titel steht. Ueber die mancherlei, eben so überflüssigen, als ungenügenden Vereinigungs-Versuche vgl. z. B. die Nachweisungen bei **Glück** XII. S. 14 fgg.

3) Ferner wird eine Darlehnsschuld angenommen, wenn ich Jemanden beliebige Sachen mit der Weisung übergebe, dieselben zu

veräußern, und das empfangene Pretium als Darlehn zu behalten. Auch hier leugnete Afrikan, der alten strengen Rechtsansicht von pecunia credita folgend, die condictio ab (T. 2); aber auch hier erkennt Ulpian an, daß eine wahre Darlehnschuld begründet sei, l. 11. pr. h. t.:

„Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam";

vgl. auch l. 8. C. si cert. petat. (4, 2). Von selbst versteht sich übrigens, daß der Verkauf auch wirklich erfolgt sein muß, denn ohne dies steht dem Geber keine condictio, sondern nur die actio praescriptis verbis zu, l. 19. pr. de praescript. verb. (19, 5).

4) Endlich soll sogar dann, wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehn giebt, dieser unmittelbar die condictio mutui anstellen dürfen, einerlei, ob der das Geld Auszahlende als Mandatar oder als negotiorum gestor des Dritten handelte, vgl. darüber oben S. 310. bei lit. c.

Anm. 2. Von einigen mit der Lehre vom Mutuum in Verbindung stehenden Punkten ist schon an andern Stellen die Rede gewesen; vgl. namentlich über die exceptio non numeratae pecuniae §. 167, und über das Darlehn der Hauskinder §. 245. — Ueber das *foenus nauticum*: Dig. XXII. 2, Cod. IV. 33. de nautico foenore, Glück XXI. S. 151 fgg. und die dort in Not. 60. Citt., de *Cock* de foenore nautico. Leod. 1829. Ueber die interessante, mit der Lehre von foen. naut. zusammenhängende l. 122. §. 1. de V. O. (45, 1) s. Glück XXI. S. 173 fgg. und die dort in Not. 19. zahlreich Angeff., Huschke das Schiffsdarlehn des Callimachus, in der Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 1 fgg., Goldschmidt Untersuchungen zur l. 122. §. 1. de V. O. Heidelb. 1855. Ueber das s. g. *foenus quasi nauticum* und die zu den leges damnatae gezählte l. 5. de naut. foen. vgl. Glück S. 153 fgg. und die dort zahlreich Angeff., s. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. IV. p. 165 sq.

B) Von den übrigen condictiones datorum außer der condictio mutui.

Unterh. II. S. 6 fgg., S. 19 fgg., Koch III. S. 298 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 513 fgg., *Molitor* III. p. 27 sqq.

a) Einleitung. §. 624.

Sell, Versuche I. S. 76 fgg., Heimbach, Lehre von der Frucht S. 118 fgg., Savigny, Syst. III. S. 360 fgg. V. S. 521 fgg., Gneist, form. Vertr. S. 189 fgg., Windscheid, zur Lehre des Code Napoleon von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseld. 1847. S. 271 fgg., Ders., die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseld. 1850. S. 1 fgg. S. 12 fgg. S. 47 fgg. S. 58 fgg. S. 80 fgg., Erxleben, cond. indeb. S. 30 fgg., Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Kassel 1855. S. 32 fgg., S. 61 fgg.

1) *Pompon.* l. 52. de cond. indeb. (12, 6): Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Cf. l. 1. pr. de cond. ob turp. caus. (12, 5).

2) *Paul.* l. 65. pr. de cond. indeb.: In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum; in quibus omnibus quaeritur de repetitione. — — §. 2. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. — — §. 4. Quod ob rem datur, ex aequo et bono habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

3) *Ulp.* l. 1. §. 3. de cond. sine causa (12, 7): Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.

b) Insbesondere.

aa) Von der condictio indebiti. §. 625.

Dig. XII. 6, Cod. IV. 5. de condictione indebiti. — Glück XIII. S. 69 fgg., Unterh., II. S. 29 fgg., Koch, III. S. 314 fgg., *Molitor*, III. p. 27 sqq. — K. Sell, in seinen Jahrb. I. S.

116 fgg., C. Christiansen, zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844, Renaud, im civ. Arch. XXIX. S. 147 fgg., S. 428 fgg., Erxleben, die condictiones sine causa, Abh. I. die condictio indebiti. Leipz. 1850. — Ueber die ältere Literatur s. die Nachweisungen bei Glück und Koch a. a. O.

1) *Gai.* l. 5. §. 3. de O. et A. (44, 7): Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur; Cf. Gai. III. 91, §. 1. J. quib. mod. re contr. (3, 14), §. 6. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27).

2) *Julian.* l. 33. h. t.: Si in area tua aedificassem, et aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; quum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere inciperet. Et ideo constat, si quis, quum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

3) *Ulp.* l. 26. §. 3. h. t.: Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.

4) *Tryphonin.* l. 64. h. t.: Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

5) *Julian.* l. 32. §. 3. h. t.: Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet, et ideo, si,

quum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.

6) *Paul.* l. 65. §. ult. h. t.: Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.

Anm. 1. Die Voraussetzungen der condictio indebiti sind folgende:

I. Vor allen Dingen gehört zur Begründung der Klage Zahlung einer wirklichen Nichtschuld, sei es nun, daß überhaupt keine zu Recht bestehende obligatio vorhanden ist, oder doch wenigstens keine in Betreff des gerade geleisteten Gegenstandes, oder endlich keine zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger. Es ist aber:

1) überhaupt keine zu Recht bestehende Obligation vorhanden, nicht nur, wenn es an allen obligatorischen Thatsachen fehlt, sondern auch, wenn zwar dergleichen Thatsachen vorliegen, aber die dadurch bezweckte obligatio von Anfang an nichtig ist, l. 2. §. 1, l. 37. h. t., l. 16. de contr. emt. (18, 1), l. 7. de her. v. act. vend. (18, 4), wenn die Existenz der obligatio noch von einer Bedingung oder einer ungewissen Zeitbestimmung abhängig ist, l. 16. pr. §. 1, l. 18. 48, l. 60. §. 1. h. t., und endlich, wenn eine Tilgung der obligatio entweder ipso jure eingetreten ist, oder ihr doch eine solche exceptio perpetua entgegensteht, welche auch den naturalen Bestand der Obligation aufhebt, l. 26. §. 3. 7, l. 30, l. 32. §. 1, l. 40. pr. §. 2, l. 43. h. t. Dagegen ist kein indebitum vorhanden, und die condictio indebiti fällt also weg:

a) Wenn wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit begründet ist, T. 4. vgl. mit l. 13. 19. pr., l. 26. §. 12, l. 38, §. 1. 2, l. 59. h. t. Hierbei geht das römische Recht so weit, daß die Kondiktion selbst in solchen Fällen ausgeschlossen ist, in denen keinerlei Zwang zur Zahlung, auch nicht durch Einreden, statthaft ist, in denen aber doch die Rückforderung des Gezahlten ein Verstoß gegen Pietät und gegen gute Sitte, also eine Art von turpitudo enthalten würde, und daraus erklärt es sich, daß usurae indebitae nicht kondizirt werden dürfen (vgl. Bd. I. §. 76. Anm. 2), daß die Kondiktion wegfällt, wenn eine Mutter für ihre Tochter aus Irrthum eine Dos konstituirt hat, l. 32. §. 2. h. t.

Julian. „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest."

und daß die Rückforderung auch dann versagt wird, wenn nahe

Verwandte irrthümlich Alimente prästirt haben, vgl. l. 27. §. 1. de neg. gest. (3, 5), l. 5. §. 14. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 11. 15. C. de neg. gest. (2, 19). In diesen Quellenaussprüchen Singularitäten finden zu wollen, läßt sich nach der ganzen Ausdrucksweise derselben nicht rechtfertigen, und wir sind daher gewiß befugt, hierin nur Anwendungen des allgemeinen Grundsatzes zu erblicken, daß auch allgemein anerkannte blos moralische Verpflichtungen zu einer Leistung wenigstens insofern rechtliche Anerkennung finden, daß dann, wenn geleistet worden ist, obwohl irrthümlich, keine Rückforderung statthaft ist; vgl. auch Erxleben S. 149 fgg.

b) Aus dem vorher Gesagten folgt von selbst, daß auch dann die condictio nicht begründet ist, wenn der Forderung des Gläubigers nur eine solche exceptio perpetua entgegensteht, welche nicht die obligatio, sondern nur die actio aufhebt, so daß also eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, wie z. B. im Falle einer exceptio SCti Macedoniani, l. 40. h. t., l. 14. de R. C. (12, 1), l. 9. §. 4. 5, l. 10. ad SC. Maced. (14, 6), und im Falle der exc. quod quisque juris in alterum statuerit etc., l. 3. §. 7. quod quisque jur. (2, 2).

c) Wenn eine rechtlich begründete Schuld vorhanden ist, die aber in Folge eines beneficium juris insofern entkräftet werden kann, daß dem Schuldner eine retentio, aber nicht auch eine petitio zusteht, so findet begreiflich im Falle geschehener Zahlung keine condictio Statt, l. 51. h. t.:

> *Pompon.* „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus“;

vgl. auch l. 21 ad SC. Treb. Hierher gehört namentlich der Fall der s. g. Kompetenz-Einrede l. 9. h. t., cf. l. 5. §. 2. de liber. leg. (34, 3) und der exc. divisionis, l. 49. §. 1. fin. de fidej. (46, 1), §. 4. J. de fidejuss. (3, 20).

d) Wenn ein Schuldverhältniß unter einem dies certus abgeschlossen, und irrthümlich vor Eintritt des Termins gezahlt ist, so ist keine Rückforderung begründet, weil ja dadurch nur die solutio, und nicht die obligatio suspendirt, und also auch schon vor Eintritt des dies ein wahres Debitum begründet ist, l. 10. h. t.:

> *Paul.* „In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit“.

Eine Rückforderung des Interusurium ist aber dadurch nicht ausgeschlossen, vgl. Erxleben S. 98 fgg.

e) Auch dann fällt natürlich die condictio hinweg, wenn zwar Anfangs keine Schuld vorhanden war, dieselbe aber nachher, etwa durch Urtheil oder Vergleich entstanden ist, l. 65. §. 1. h. t.:

Paul. „Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse.“

Und umgekehrt kann auch dann von Rückforderung keine Rede sein, wenn zur Zeit der Zahlung eine Schuld wirklich begründet war, und sich erst nachher die Umstände so geändert haben, daß die Forderung jetzt nicht mehr geltend gemacht werden könnte; ein Satz, der besonders in Betreff eingetriebener Strafen in den Quellen hervorgehoben wird, l. 42. h. t.:

Ulp. „Poenae non solent repeti, quum depensae sunt;“

l. 46. de R. J.:

Gaj. „Quod a quoque poenae nomine exactum est, id eidem restituere, nemo cogitur“.

Anwendungen davon kommen vor in l. 35. h. t., l. 3. §. 14. de tab. exh. (43, 5), l. 1. §. 2. de lege Jul. amb. (48, 14), vgl. Glück XIII. S. 105 fgg. und die dort Note 24. Angeff., u. s. auch Francke im ziv. Arch. XXII. S. 357 fgg.

f) Endlich soll auch die condictio indebiti in allen Fällen ausgeschlossen sein, in denen lis contra inficiantem in duplum crescit, §. 7. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27), l. 4. C. h. t., vgl. Gai. II. 283., Ulp. XXIII. 33., doch wohl deßhalb, weil hier in der Zahlung eine Art von Vergleich angenommen wird; man zahlt lieber sogleich einfach, um der möglichen Doppelzahlung zu entgehen. Als eine Anwendung jenes Satzes erscheint die Bestimmung, daß derjenige, welcher ex causa judicati gezahlt hat, nicht zurückfordern kann, wenn auch gar kein wirkliches Judikat vorhanden ist, l. 36. fam. herc. (10, 2):

Paul. „— — sed quamvis non sit judicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum“,

l. 74. §. 2. de judic. (5, 1), l. 1. C. h. t., l. 2. C. de comp. (4, 31). Vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 290 fg. S. 322 fgg.

2) Eine solutio indebiti ist auch dann vorhanden, und also die condictio indebiti begründet, wenn zwar der Zahlende schuldig war, aber in Betreff des Gegenstandes nicht so, wie er gezahlt hat. So findet also z. B. Rückforderung Statt, wenn er irrig etwas ganz Anderes zahlte, als er schuldete, l. 19. §. 3. h. t., wenn er glaubte, eine Spezies zu schulden, während er nur in genere schuldet (T. 5), wenn er simpliciter zu schulden glaubt, während er nur alternativ schuldig ist (T. 5), und wenn er kumulativ schuldig zu sein glaubt, während er nur alternativ schuldet, in welchem letztren Falle ihm auch bei der Rückforderung die Wahl zusteht (vgl. oben

§. 569. Anm. 1., S. 19). Hierher gehört auch der Fall, wenn eine datio in solutum verabredet wird, und der Schuldner in der Meinung, mehr schuldig zu sein, als er wirklich schuldet, ein größeres Objekt substituirt; hat er hier Fungibilien gegeben, so findet die condictio auf eine entsprechende Quantität Statt; gab er aber eine Spezies, so kann er diese ganz zurückfordern, „nemo enim invitus compellitur ad communionem“, l. 26. §. 4. 5. h. t. — Wenn vorher gesagt war, daß demjenigen die Rückforderung zustehe, welcher simpliciter schuldig zu sein glaubte, während er nur alternativ schuldete, so leidet dies doch eine Ausnahme bei Vermächtnissen, bei welchen der Onerirte ungeachtet solchen Irrthums das ausgezahlte Legat nicht kondiziren darf, l. 19. de leg. II. (vgl. auch Bd. II. S. 621. Nr. 2).

3) Endlich ist auch ein indebitum gezahlt worden, wenn an einen Andren, als den rechten Gläubiger, oder von einem Andren, als dem rechten Schuldner die Zahlung geschehen ist, T. 6., l. 19. §. 1. h. t., l. 31. pr. de her. pet. (5, 3), l. 8. C. h. t. Doch muß in dem letzten Falle vorausgesetzt werden, daß der Zahlende sich selbst irrig für den rechten Schuldner hielt; denn zahlt er alieno nomine, indem er sich nur irrig für verpflichtet hält, für einen Andren zu zahlen, so kann er vom Gläubiger das Bezahlte nicht zurückfordern, sondern muß seine Entschädigung bei dem suchen, welcher durch seine Zahlung liberirt worden ist. Da nämlich in einem solchen Falle der wirkliche Debitor in der That liberirt wird, indem ja gerade für ihn die Zahlung geschieht, so hat der Gläubiger augenscheinlich kein Indebitum empfangen, und kann also auch nicht zur Rückgabe angehalten werden, vgl. auch l. 9. §. 1. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4), l. 12. 13. de novat. (46, 2). Auf einen solchen Fall ist wohl ohne Zweifel l. 44. h. t. zu beziehen:

Paul. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est“,

vgl. Glück XIII. S. 86 fgg. und die dort Not. 84 Angeff., vgl. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 109 sqq., und die l. 5. C. de her. pet. (3, 31) muß von dem Falle verstanden werden, wenn der Erbschaftsbesitzer während des Erbschaftsstreits einen Gläubiger befriedigt, vgl. darüber oben Bd. II. §. 508. Anm. S. 416. Aus dem hier entwickelten Grundsatze, daß, wer eine fremde Schuld bezahlt, in der Regel nicht kondiziren kann, erklärt sich auch leicht der bekannte, in seinen Motiven aber regelmäßig mißverstandene Ausspruch von Ulpian in l. 11. h. t.:

„Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest“,

wobei nur zu subintelligiren ist, daß der Vater auch in der That

filii nomine Zahlung geleistet hat, denn hat er dies *suo* nomine gethan, so muß ihm unzweifelhaft die condictio des Mehrgezahlten zugestanden werden, arg. l. 1. §. 8, l. 2. de pec. const. (13, 5), l. 5. §. 2. de liber. leg. (34, 3); Erxleben S. 111 fgg. Uebrigens wird bei dem ganzen hier besprochenen Grundsatz nothwendig vorausgesetzt, daß der Empfänger auch wirklicher Gläubiger des Dritten ist; denn ist dies nicht der Fall, so wird allerdings dem Zahlenden unmittelbar gegen den Empfänger, freilich gegen die strenge Konsequenz, eine condictio eingeräumt, vgl. l. 2. §. 4. de donat. (39, 5), l. 7. §. 1. de doli mali. exc. (44, 4), und dasselbe soll auch dann Platz greifen, wenn die Zahlung nur zu dem Zweck geschah, um eine Schenkung des Dritten an den Empfänger zu effektuiren, l. 2. §. 3. de donat. l. 7. pr. de doli mali exc. Vgl. überhaupt Erxleben §. 9. 10. S. 152 fgg. — Sind zwei Korrealschuldner vorhanden, und die Zahlung geschieht von Beiden, so versteht es sich. daß der zuletzt Zahlende kondiziren kann, und zahlen beide gleichzeitig, so fordern sie pro rata zurück, l. 19. §. 4, l. 20, l. 25. h. t. Hätten aber im letztren Falle Beide verschiedene Objekte geleistet, so fällt diese Rückforderung pro rata natürlich hinweg, sondern der Gläubiger bestimmt, welchem von Beiden er zurückgeben will, vgl. oben S. 19.

II. Die zweite wesentliche Voraussetzung ist, daß die Nichtschuld irrthümlich gezahlt ist, l. 1. §. 1. h. t.:

> *Ulp.* „Et quidem, si indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio“,

l. 53. de R. J.:

> *Paul.* „Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulti datio donatio est“,

vgl. l. 24, l. 26. §. 8, l. 50. 54. 62. h. t., l. 1, l. 9. pr. C. h. t. Ist der Zahlende ungewiß darüber, ob er etwas schuldet oder nicht, so soll dies nach Justinian's Entscheidung der ignorantia gleichgeachtet, und die Rückforderung gestattet sein, es müßte denn der Empfänger beweisen können, daß animo transigendi die Zahlung erfolgt sei, l. 11. (ult.) C. h. t. — Sehr bestritten ist von jeher die Frage, ob blos wegen faktischen, oder ob auch wegen Rechts-Irrthums die condictio indebiti zuläßig sei? vgl. darüber Glück XIII. S. 135 fgg. und die dort zahlreich Angeff., XXII. S. 336 fgg., Herrmann in Löhr's Magaz. IV. S. 41 fgg., Mühlenbruch im ziv. Arch. II. S. 419 fgg., Savigny, Syst. III. S. 447 fgg., Kritz, Rechtsf. I. S. 244 fgg. IV. S. 373 fgg., Claussen in der Holstein. juristischen Zeitschrift Jahrg. 1844. Heft I. S. 164 fgg., Christiansen a. a. O. S. 69 fgg., Renaud a. a. O., Herrmann

in der Gießer Zeitschr. N. F. III. S. 87 fgg., Erxleben a. a. O. S. 61 fgg. Während im Falle eines Rechtsirrthums Viele annehmen, daß die condictio schlechthin ausgeschlossen sei, vgl. z. B. Glück a. a. O. und die dort in Note 82 Angeff., Seuffert, Erörtr. I. S. 74 fgg., Lehrb. §. 436, Schweppe §. 615, Göschen §. 637. u. A. m., lassen Andre umgekehrt dieselbe unbedenklich zu, vgl. die bei Glück in Not. 83 Angeff., und unter den Neueren Mühlenbruch, Kritz, Claussen, Christiansen, Renaud, Herrmann a. d. aa. OO., Holzschuher II. 2. S. 471 fgg., *Molitor* III. p. 35 sqq. u. A. m., und wieder Andre endlich unterscheiden zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Rechtsirrthum, vgl. Savigny und Erxleben a. d. aa. OO., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 41 fgg., Puchta §. 309, Sintenis II. S. 525 fgg. Anm. 54, Arndts §. 341. u. A. m. Ich halte diese letztre Ansicht entschieden für die richtige, indem nur sie mit den allgemeinen Prinzipien über Irrthum (vgl. Bd. I. §. 83) in Einklang steht, und die speziellen gesetzlichen Aussprüche damit in ungezwungener Weise vereinigt werden können. Was hier zunächst die allgemeinen Prinzipien anbelangt, so ist es einleuchtend, daß die zweite der vorher angeführten Meinungen (Zulassung der condictio wegen eines jeden Irrthums, ohne alle Rücksicht auf Entschuldbarkeit desselben) nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden könnte, wenn der Irrthum bei Zahlung einer Nichtschuld so beschaffen wäre, daß dadurch der Wille gänzlich ausgeschlossen würde, wenn also der Irrthum hierbei als ein s. g. unechter aufgefaßt werden dürfte. Daß dieses aber augenscheinlich unzulässig ist, bedarf für den Unbefangenen keiner besondren Ausführung, und es ist mir in der That fast unbegreiflich, daß dennoch nicht wenige Neuern diese Ansicht vertheidigen, vgl. bes. Christiansen, Claussen, Renaud und Herrmann a. d. aa. OO., und Einige daraus sogar die weitere, mit dem Wesen der condictio schlechthin unverträgliche Folgerung gezogen haben, daß die irrthümliche Zahlung einer Nichtschuld gar keinen Eigenthums-Uebergang herbeiführe, und demnach vindicatio und condictio elektiv konkurrirten, vgl. Renaud und Herrmann citt., s. dagegen besonders Erxleben a. a. O. S. 42 fgg. — Auf der andren Seite steht aber auch die erste oben angeführte Meinung, wornach die condictio durch jeden, auch den entschuldbaren Rechtsirrthum ausgeschlossen sein soll, mit den allgemeinen Grundsätzen über Irrthum in offenem Widerspruch, denn daß der, welcher ein indebitum zurückfordert, nicht de lucro captando streitet, sondern daß hier gerade ein Hauptfall des damnum vorliegt, versteht sich in Gemäßheit der oben Bd. I. S. 144 fgg. angedeuteten Begriffs-Entwicklungen von damnum und lucrum ganz von selbst. —

Mit dem aus den allgemeinen Prinzipien über Irrthum gefolgerten Resultate — daß bei der condictio indebiti nur entschuldbarer, aber auch jeder entschuldbare Irrthum, einerlei ob error facti oder error juris, berücksichtigt wird — stehen nun auch die speziellen gesetzlichen Aussprüche über diese Frage so wenig in Widerspruch, daß sie vielmehr dasselbe sehr bestimmt unterstützen.

1) Wenn in der weit überwiegenden Mehrzahl der Stellen gar nicht von einer besondren Beschaffenheit des Irrthums, welcher bei der condictio indebiti vorausgesetzt wird, die Rede ist, sondern nur Irrthum im Allgemeinen erwähnt wird: so läßt sich hieraus gewiß nicht folgern, daß die Qualität des Irrthums bei der cond. indeb. ganz irrelevant sei. In jedem einzelnen Anwendungsfall die Entschuldbarkeit des Irrthums besonders hervorzuheben, war um so weniger Veranlassung da, je mehr sich dieses Requisit nach allgemeinen Prinzipien von selbst verstand, und m. E. wären wir bei dieser Sachlage vollkommen berechtigt, das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums anzunehmen, wenn auch keine einzige Stelle dasselbe besonders hervorhöbe.

2) In der That fehlt es aber nicht an Gesetzen, in denen die Entschuldbarkeit des Irrthums als wesentlich vorausgesetzt wird, und zwar gehören hierher außer l. 25. pr. de probat. (22, 3), wo Paulus sehr bestimmt eine *justa causa* ignorantiae verlangt, mehrere Stellen, in welchen die condictio indebiti im Falle eines Rechtsirrthums versagt wird, vgl. bes. l. 10. C. de jur. et facti ignor. (1, 18):

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est;“

und s. auch l. 9. §. 5. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 6. C. eod., l. 6. 7. C. h. t., l. 9. C. ad leg. Falcid. (6, 50). Wir haben früher (Bd. I. S. 139 fgg.) gesehen, daß die Unterscheidung zwischen error facti und error juris in unmittelbarem Zusammenhang mit Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums steht, und daß namentlich da, wo es auf Entschuldbarkeit nicht ankommt, auch die Unterscheidung zwischen faktischem und Rechts-Irrthum völlig indifferent ist. Da nun aber bei der cond. indebiti ein so großes Gewicht auf diesen Unterschied gelegt wird, so geht daraus unmittelbar hervor, daß hierbei nur entschuldbarer Irrthum Berücksichtigung findet.

3) Freilich sind aber auch die vorher angeführten Stellen, und namentlich die l. 10. C. cit., geeignet, von einer andren Seite her Schwierigkeit zu erregen, indem man daraus nicht ohne Schein ge-

folgert hat, daß die cond. indebiti durch jeden Rechtsirrthum, selbst wenn er entschuldbar sein sollte, ausgeschlossen werde. Doch aber lassen sich diese gesetzlichen Aussprüche sehr einfach mit unsrer Ansicht vereinigen, wenn man nur bedenkt, wie so selten der Rechtsirrthum entschuldbar ist (Bd. I. S. 140). Als Regel ist daher auch der hier ausgesprochene Grundsatz, daß Rechtsirrthum die condictio ausschließe, vollkommen wahr, und beachtet man nur, daß die Römer nicht, wie man es h. z. T. liebt, ihre Regeln so zu fassen pflegten, daß zugleich die Ausnahmen in denselben enthalten waren, sondern daß sie dieselben auf das Gewöhnliche, Allgemeine stellten, nachher aber doch Ausnahmen zuließen, vgl. Thibaut zivil. Abhh. S. 184 fgg., so verschwinden alle Schwierigkeiten. Wie gewöhnlich der Rechtsirrthum als unentschuldbarer vorausgesetzt, und aus diesem Grunde nicht berücksichtigt wird, geht auch namentlich aus l. 9. §. 5. cit. hervor, wo der im Rechte Irrende als *stultus* andren Irrenden entgegengesetzt wird.

4) Daß wirklich auch im Falle eines Rechtsirrthums die condictio indebiti möglicher Weise gebraucht werden kann, geht nicht nur aus l. 1. pr. ut in possess. legat. (36, 4) hervor, worin dies ganz ausdrücklich gesagt ist:

Ulp. „Si quis, quum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem, si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, *numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse*",

sondern auch aus einer Reihe andrer Stellen, in denen die condictio indebiti zugelassen wird, obwohl sich dieselben kaum anders, als von Fällen des Rechtsirrthums erklären lassen, vgl. l. 32. §. 2, l. 38, l. 64. h. t., l. 16. §. 2. de minorib. (4, 4), l. 16. §. 4. de publican. (39, 4), l. 17. §. 10. ad municip. (50, 1), l. 5. 10. C. h. t. (4, 5). Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß aus diesen und ähnlichen Stellen nichts weiter gefolgert werden kann, als daß auch wegen Rechtsirrthums die cond. indebiti möglich ist, während die anderweite Folgerung, die Viele daraus ziehen, daß es bei der cond. ind. auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums gar nicht ankomme, gewiß nicht gerechtfertigt werden kann, eben weil es ja auch einen entschuldbaren Rechtsirrthum gibt.

III. Endlich ist noch als drittes Erforderniß der condictio indebiti anzusehen, daß der Empfänger in bona fide ist, also gleichfalls von dem Indebitum nichts weiß, denn im umgekehrten Falle

macht er sich durch die Annahme eines *furtum* schuldig, l. 18. de cond. furt. (13, 1):

Scaevola. „Quoniam furtum sit, quum quis indebitos numos sciens acceperit, videndum, si procurator suos numos solvat, an ipsi furtum fiat? Et Pompon. libr. VIII. Epist. ipsum condicere ait ex causa furtiva; sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit; sed altera condictione altera tollitur",

l. 43. pr. de furt. (47, 2):

Ulp. „Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec numi ejus fient;"

und es ist demnach nicht sowohl die condictio indebiti, als vielmehr die condictio furtiva begründet. Doch ist die Frage nicht unbestritten, ob denn wirklich der wissentliche Empfänger eines Indebitum als Dieb angesehen werden könne? Schon manche ältere Juristen glaubten dies nur in dem Falle annehmen zu dürfen, wenn der Zahlende durch besondre Vorspiegelungen des Empfängers zur Zahlung induzirt worden sei, vgl. z. B. *Schulting*, thes. controv. dec. XLIV. th. 5, oder doch nur dann, wenn der angebliche Gläubiger die Schuld gefordert habe, vgl. z. B. Höpfner, Komm. §. 953. Note 2; aber diese Meinungen sind so haltlos, daß eine besondere Widerlegung unnöthig erscheint. Dagegen suchte in unsren Tagen Francke, Beiträge Nr. 4, eine andre Einschränkung zu begründen, indem er nur denjenigen Empfänger eines Indebitum für einen Dieb halten will, welcher wohl wissend, daß nicht er, sondern ein Andrer, der wahre Gläubiger sei, die, diesem Andren bestimmte, Zahlung annehme. Er stützt sich dabei theils auf l. 43. §. 1. und l. 80. §. 6. de furt. (47, 2), theils auf die Behauptung, daß, wenn der Debitor wirklich dem Empfänger die Zahlung bestimmt habe, allgemeinen Grundsätzen nach wirklich das Eigenthum auf diesen Letzteren übergehen müsse, und derselbe folglich kein Dieb sein könne, denn „Eigenthum gehe jedesmal über, sobald der Eigenthümer es in dieser Absicht dem tradire, der es durch die Annahme erwerben wolle, und zwar selbst dann, wenn er dolo zu dieser Veräußerung induzirt sein sollte". Ich kann den Ausführungen von Francke in keinem Punkte beistimmen. Was nämlich die von ihm hierher gezogene Regel über den Eigenthums-Erwerb durch Tradition anbelangt, so ist dieselbe im Allgemeinen gewiß richtig, aber es muß ihr die wichtige, freilich oft übersehene, Modifikation zugefügt werden, daß nämlich, ungeachtet des Zusammentreffens von animus dominii transferendi und acquirendi, doch dann kein Eigenthum übergeht, wenn der Empfänger die Nichtigkeit der *causa*, aus welcher die Tradition erfolgte,

gekannt hat, vgl. oben S. 296. Dies greift auch ganz bei unserer Frage ein. Der putative Schuldner hat allerdings ex causa solvendi die Absicht, Eigenthum zu übertragen; kennt aber der Empfänger die Nichtschuld, so ist für ihn diese causa offenbar nicht vorhanden, und er kann also nicht *pro soluto* die Sache erwerben, sondern nur, wie ein praedo oder fur, sine omni causa, d. h. er kann nicht Eigenthümer werden. Gerade dies wird denn auch in den oben ausgezogenen Stellen von Scävola und Ulpian ausgesprochen, und volle Bestätigung findet es in den Stellen, in denen gesagt ist, daß derjenige, welcher wissentlich ein Indebitum annehme, **nicht usukapiren könne**, vgl. bes. l. 3. pro suo (41, 10):

> *Pompon.* „Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; ***si scissem, mihi nihil debere, usu eum non capiam***, quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam; et ita Neratius scripsit, idque verum puto";

und s. auch l. 48. de usurp. et usuc. [l. 3. pro soluto]:

> *Paul.* „Si existimans debere, tibi tradam, ***ita demum usucapio sequitur, si et tu putes, debitum esse***",

l. 2. pro emt. (41, 4) [„tibi *ignoranti* tradam"]. Also nur die traditio ex causa, ***quam veram esse existimo***, berechtigt mich dazu, ut pro meo possideam; nur eine solche Tradition kann, wenn sie von einem Nichteigenthümer ausgeht, mich in conditionem usucapiendi versetzen, und nur sie kann also auch, wenn sie vom Eigenthümer geschieht, mir Eigenthum geben. Hiergegen kann auch nicht der Satz angeführt werden, auf welchen Francke Gewicht zu legen scheint, daß nämlich selbst dann Eigenthum übergehe, wenn der Tradent durch den Dolus des Empfängers zur Veräußerung bestimmt worden sei. Dies ist völlig konsequent, weil durch den Dolus die Rechtsbeständigkeit der causa traditionis (die veritas causae) gar nicht affizirt wird (vgl. oben S. 295 fgg.), und wenn ich also den Titius betrüglich zum Verkauf einer Sache bestimme, so ist eine vollkommen giltige emtio venditio vorhanden, und er tradirt und ich erwerbe trotz meines Dolus pro emtore. — Auch die von Francke angeführten speziellen Gesetze beweisen nichts für ihn. Er beruft sich zunächst auf l. 80. §. 6. de furt. (47, 2):

> *Papinian.* „Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, assumto, debitorem alienum circumvenerit. Quod aeque probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam, ut heredi Sempronii creditoris, asseveravit, quum esset alius".

Ich muß aber die Auslegung von Francke, wornach Papinian sagen soll, daß ein falsus procurator nur dann ein furtum begehe, wenn er sich böslich für den rechten Prokurator ausgegeben habe, für gänzlich unstatthaft halten, da unbezweifelt, wie Francke selbst nicht leugnen kann, ein falsus procurator sich auch noch in mancherlei andrer Weise eines furtum schuldig machen kann, vgl. z. B. l. 43. §. 1. de furt. (s. nachher), l. 18, l. 38. §. 1. de solut. (46, 3). Der Gedanke Papinian's ist wohl nur der: ein falsus procurator begeht nicht immer ein furtum, wenn er als solcher fremdes Geld einnimmt, sondern nur dann, wenn er den zahlenden Schuldner auch wirklich um dasselbe bringen will („si debitorem alienum circumvenerit"), wie unter Andren auch („*quoque*"), wenn er arglistig sich den Namen des rechten Prokurator zulegt. — Eben so wenig kann sich Francke auf l. 43. §. 1. de furt. (47, 2) berufen,

> *Ulp.* „Falsus procurator furtum quidem facere videtur; sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit; ut si hac mente ei dederit numos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit, nam et manent numi debitoris, quum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando, sine dubio furtum facit; quodsi ita det debitor, ut numi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait, voluntate domini eos accipiendo".

Zwar glaubt Francke, diese Stelle zeige auf das Deutlichste, „daß ein furtum allerdings begehe, wer fremde Gelder wissentlich widerrechtlich zu Eigenthum annehme, daß aber dieses furtum immer voraussetze, daß nicht auch der Schuldner dem Empfänger selbst das Eigenthum übertragen wollte". M. E. hat aber die Entscheidung in den Endworten einen ganz andren Grund, als den von Francke hervorgehobenen. Offenbar ist nämlich, wenn man einem vermeintlichen Prokurator des Gläubigers die Zahlung in der Weise macht, daß der Empfänger selbst Eigenthümer werden soll, gar keine *indebiti solutio*, überhaupt gar keine *datio ex causa* vorhanden, sondern vielmehr eine datio *ob rem*; man giebt das Eigenthum hin in der Erwartung, daß der Empfänger es an unsren Gläubiger übertragen, oder der Gläubiger unsre Hingabe ratihabiren werde; vgl. bes. l. 14. de cond. causa data c. n. s. (12, 4):

> *Paul.* „— — — Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; *non enim quasi indebitum datum repetetur*, *sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit ratihabitione non intercedente*, vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator".

Bei einer datio *ob rem* hindert aber die mala fides des Empfängers niemals den Eigenthums-Uebergang, und aus diesem Grunde wird der falsus procurator, der Intention des Zahlenden gemäß, Eigenthümer, wenn er auch von vorne herein beabsichtigte, das Empfangene niemals an den Gläubiger zu übertragen; eben weil er aber Eigenthümer wird, kann er an diesem seinem Gelde keinen Diebstahl begehen, und nur mit der condictio causa data causa non secuta kann er zur Restitution des Empfangenen angehalten werden, l. 14. cit. (Demgemäß darf gewiß auch in l. 8. C. h. t. der Ausdruck: indebiti *repetitio* nicht als identisch mit indebiti *condictio* angesehen werden, indem das Rechtsmittel zum Zweck jener indebiti repetitio vielmehr die cond. causa data c. n. s. ist). Hiernach leuchtet von selbst ein, daß aus der l. 43. §. 1. cit. kein Schluß auf die Fälle gemacht werden darf, wenn ein indebitum an einen falsus *creditor* gezahlt wird; hier ist eine datio *ex causa* vorhanden, und wenn hier der Empfängen weiß, daß die causa traditionis nichtig oder nicht vorhanden ist, so geht niemals Eigenthum über, und der Annahme eines furtum steht nichts im Wege. — Kommt nun noch hinzu, daß die oben angeführten ganz allgemein gehaltenen Aussprüche von Scävola und Ulpian nur in der aller gezwungensten Weise, oder, die Wahrheit zu sagen, gar nicht mit der von Francke vertheidigten Beschränkung vereinigt werden können: so muß man gewiß bei der herrschenden Lehre stehen bleiben, wornach in der wissentlichen Annahme eines Indebitum stets ein furtum enthalten ist. Vgl. auch statt Aller unter den älteren Juristen bes. *Altamiran.*, ad libr. IV. Quaest. Scaevolae ad l. 18. de cond. furt., in Meerm. thes. tom. II. p. 419 sqq., und unter den Neueren etwa Glück XIII. S. 74 fgg., *C. Sell*, de condict. quaest. duae. Darmst. 1834. p. 4 sqq. not. e. und bes. p. 98 sqq., Unterh. II. S. 38 fgg. — Auch unter den Vertheidigern der richtigen Ansicht ist jedoch noch Streit darüber, ob im Falle wissentlicher Annahme eines Indebitum nothwendig die condictio furtiva gebraucht werden müsse, oder ob doch auch elektiv die condictio indebiti zustehe? Obwohl der Theorie nach gewiß das Erstere angenommen werden muß, hauptsächlich darum, weil, wenn der Acceptant ein furtum begeht, das Eigenthum noch bei dem Zahlenden zurückbleibt, der Eigenthümer aber keine andre condictio, als nur die furtiva gebrauchen kann, §. 14. 15. J. de act. (4, 6), vgl. auch *Sell* cit. p. 1 sqq.: so ist doch praktisch die ganze Streitfrage augenscheinlich ohne alle Bedeutung, weil der Kläger, wenn er wirklich die cond. indebiti und nicht die furtiva anstellen will, dies ganz einfach dadurch bewerkstelligen kann, daß er die mala fides des Empfängers ignorirt. In einigen Fällen muß aber selbst der Theorie nach eine

[alternative] Konkurrenz der cond. furtiva und indebiti zugestanden werden. Wenn nämlich Jemand im Namen eines Andren ein indebitum zahlte, und der Andre ratihabirt dies, so ist die condictio furtiva für den wirklich Zahlenden, die condictio indebiti aber für den Ratihabenten begründet, „sed altera condictione altera tollitur", l. 18. de cond. furt. (13, 1), l. 80. §. ult. de furt. (47, 2). Und wenn Jemand wissentlich im Namen eines Andren ein indebitum angenommen, und der Andre dies ratihabirt hat, so hat der, welcher das Indebitum gab, die Wahl, ob er gegen den wirklichen Empfänger die condictio furtiva, oder gegen den Ratihabenten die condictio indebiti gebrauchen will, l. 80. §. 5. de furt. (47, 2). Vgl. auch *Altamiran.* cit. nr. 11 sqq. (p. 422), *Krug*, selecta de cond. furt. capita p. 73 spq., *Sell* cit. p. 57 spq., Unterh. II. S. 39 fgg.

Anm. 2. Sehr in's Einzelne gehende, aber zum Theil recht wunderliche Bestimmungen über den Beweis bei der cond. indebiti kommen in der viel besprochenen l. 25. de probat. (22, 3) vor, einer Stelle, die wohl sehr schwerlich so, wie sie jetzt in den Pandekten steht, aus der Feder des Paulus geflossen ist; vgl. darüber Glück XIII. S. 112 fgg., XXI. S. 372 fgg. und die an der erstren Stelle in Note 41. Angeff., Röder, Abh. Nr. 2, Benfey in der Gießer Zeitschr. XIV. 7, Kritz, Rechtsfälle Bd. III. S. 1 fgg., Hellfeld, zivilrechtl. Entscheid. S. 8 fgg., Gneist, form. Vertr. S. 198 fgg., Windscheid, Voraussetzung S. 193 fgg., Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums. Stuttg. 1852. S. 56 fgg., Bähr, die Anerkennung. Kassel 1855. S. 75 fgg. 141 fgg. 252 fgg.; s. auch Gett, Erörtr. S. 220 fgg. und Sintenis S. 526 fgg.

Die natürliche, und mit allgemeinen Grundsätzen vollkommen übereinstimmende Regel ist die, daß der, welcher die condictio indebiti anstellt, sowohl die Zahlung eines Indebitum, als auch den diese Zahlung veranlassenden Irrthum nachweisen muß, l. 25. pr. cit. g. E.:

„— — et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationem, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum*, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere".

Von dieser Regel werden aber mehrfache Ausnahmen zugelassen:

1) Wenn der Verklagte die an ihn geschehene Zahlung leugnet, der Kläger aber dieselbe beweist, so muß der Erstere beweisen, daß ein Debitum bezahlt worden sei, l. 25. pr. cit. Dies auf unsre heutigen Prozeß-Grundsätze angewandt, wornach in Folge der Eventual-Maxime die Beweise nicht successiv, sondern auf einmal geführt werden müssen, versteht sich von selbst, daß, wenn der

Verklagte bei der Vernehmlassung sowohl die Zahlung, als das Indebitum in Abrede gestellt hat, das Beweis-Interlokut von vorne herein so gefaßt werden muß, daß dem Kläger immer nur der Beweis der Zahlung, dem Verklagten aber sogleich der Beweis aufgelegt wird, daß entweder eine wahre Schuld, oder daß wissentlich eine Nichtschuld an ihn entrichtet sei. Zwar könnte man dagegen einwenden, daß nach l. 25. cit. die Beweislast erst dann auf den Verklagten gewälzt werden dürfe, wenn der Kläger bereits wirklich den Beweis der Zahlung erbracht habe: aber es leuchtet ein, daß durch die vorher angenommene Fassung des Interlokuts der Verklagte in Wahrheit niemals gravirt wird, denn entweder führt der Kläger den ihm aufgelegten Beweis der Zahlung nicht, und dann wird der Verklagte immer von der Klage entbunden, mag er den ihm zugetheilten Beweis geführt haben oder nicht: oder der Kläger beweist die Zahlung vollständig, und dann ist ja gerade die gesetzliche Voraussetzung begründet, unter welcher die Beweislast auf den Verklagten übergehen soll; vgl. auch Benfey a. a. O. S. 205 fgg. Da übrigens dieser Uebergang der Beweislast nur eine Strafe chikanösen Leugnens sein soll, so kann gewiß davon nur dann die Rede sein, wenn der Verklagte selbst die Zahlung empfangen haben soll, und wenn also z. B. der Erbe die angeblich an den Erblasser geschehene solutio indebiti in Abrede stellt, so muß der Kläger außer der Zahlung auch noch das Indebitum und den Irrthum beweisen.

2) Eine zweite Ausnahme soll dann eintreten, „si is, qui indebitum queritur, vel *pupillus*, vel *minor* sit, vel *mulier*, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed *miles*, vel *agricultor* et *forensium rerum expers*, vel alias *simplicitate gaudens* et *desidiae deditus*", denn da man bei allen solchen Personen es nicht unwahrscheinlich finden kann, daß sie unbedachtsam ein Indebitum weggeben, so soll hier der Empfänger beweisen, daß ihm eine rechte Schuld bezahlt worden sei (!!) l. 25. §. 1. cit. Doch auch in diesen Ausnahmsfällen soll dann die Regel zurückkehren, und also selbst eine so privilegirte Person den Beweis des Indebitum übernehmen müssen, wenn der Kläger behauptet, nur ein Theil des Gezahlten sei ein indebitum, oder wenn er anführt, daß anfänglich allerdings zwar ein Debitum da gewesen, dieses aber ipso jure oder ope exceptionis erloschen sei, l. 25. §. 2. cit.

3) Wird eine Schuldurkunde als indebite ausgestellt kondizirt, so ist zwischen einer cautio discreta und indiscreta zu unterscheiden. Im erstren Falle — wenn also die causa debendi in der Urkunde angegeben ist — hat der Kläger durch Urkunden zu beweisen, daß er indebite versprochen habe; im andren Falle aber — wenn

also keine causa debendi in der Urkunde vorkommt — hat umgekehrt der Verklagte zu beweisen, daß wirklich eine Schuld dem schriftlichen Versprechen zu Grunde liegt, und hierbei kommt denn auch keine Beschränkung in Betreff der Beweismittel vor, l. 25. §. 4. cit., l. 13. C. de non num. pec. (4, 30), c. 14. X. de fide instrum. (2, 22), vgl. Unterholzner im civ. Arch. VII. S. 2 fgg., Cropp in dessen und Heise's jur. Abhh. Bd. I. S. 349 fgg. Natürlich wird aber bei der letztren Entscheidung vorausgesetzt, daß auch eben nur die cautio zurückverlangt wird, und nicht etwa auf den Grund einer solchen Urkunde wirklich schon gezahlt ist; denn ist dies der Fall, so hat ohne Zweifel der Kläger den Beweis des angeblich indebite Gezahlten ganz eben so zu führen, wie wenn gar keine cautio vorhanden gewesen wäre.

Ich habe den Inhalt der l. 25. cit. hier so angegeben, wie er sich bei unbefangener Betrachtung des Gesetzes von selbst ergiebt, obwohl nicht verkannt werden kann, daß namentlich die vorher bei Nr. 2. angeführte Bestimmung im höchsten Grade auffällig, und mit den sonst geltenden Grundsätzen über Beweislast nicht wohl vereinbar erscheint. In dem achtungswerthen Streben, unsre Gesetzgebung von einer Absurdität zu befreien, schlägt jetzt Kritz a. a. O. den Weg ein, daß er die ganze l. 25. cit. nur auf den Fall beziehen will, wenn eine cautio indiscreta vorhanden ist; während nämlich im Schlußparagraphen von dem Falle die Rede sei, wenn auf den Grund einer solchen cautio noch nicht gezahlt worden sei, sondern es sich um Rückgabe der Urkunde selbst handle, werde in den vorhergehenden Paragraphen der Fall erörtert, wenn wirklich auf den Grund einer solchen cautio indiscreta bereits Zahlung geleistet sei, und diese Zahlung zurückgefordert werde. Obwohl sich nicht leugnen läßt, daß unter dieser Voraussetzung die Sätze des Paulus weit weniger Anstoß erregen würden, so halte ich doch diese Auslegung für völlig willkürlich und unstatthaft, indem Paulus augenscheinlich in den drei ersten Paragraphen von jeder *solutio indebiti* spricht, mag sie auf den Grund einer cautio, oder ohne eine solche geschehen, und mag im erstren Falle eine cautio indiscreta oder discreta vorhanden sein. Und da überdies im Schlußparagraphen nicht etwa blos davon die Rede ist, wenn eine cautio *indiscreta* kondizirt wird, sondern dort auch der andre Fall erörtert wird, wenn eine cautio *discreta* als indebite exposita angefochten wird: so sind wir offenbar um so weniger berechtigt, bei den vorhergehenden Erörterungen des Juristen gerade eine cautio *indiscreta* zu supponiren. —

Anm. 3. Was die Verpflichtung des besiegten Verklagten anbelangt, so gilt im Allgemeinen unbezweifelt die Regel, daß derselbe nur soviel zu restituiren hat, als er zur Zeit der Litiskontestation noch wirklich

durch die Empfangnahme des indebitum bereichert erscheint, l. 3, l. 26. §. 12. med., l. 32. pr., l. 65. §. 7. 8, l. 66. h. t., l. 8. §. 22. de transact. (2, 15); eine Regel, die auch mit allgemeinen Prinzipien vollkommen übereinstimmt, da ja hier immer vorausgesetzt wird, daß der Verklagte bona fide das Indebitum angenommen habe. Nicht Wenige (vgl. z. B. unter den Neuern Heimbach, Lehre von der Frucht S. 131 fg. und besonders Erxleben a. a. O. S. 182 fgg.) halten sich aber für berechtigt, dann eine Ausnahme von dieser Regel anzunehmen, wenn Fungibilien indebite gezahlt seien, indem hier immer *tantundem* restituirt werden müsse: und man beruft sich dafür theils auf besondre Gesetze, worin dies ausgesprochen sein soll, vgl. l. 25. de praescr. verb. act. (19, 5):

Marcian. „— — Quod indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere",

l. 7. h. t.,

Pompon. „Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur",

l. 1. f. C. h. t, theils auf die Analogie des Mutuum, arg. T. 1. — Man muß sich aber gewiß gegen diese angebliche Ausnahme erklären. Daß bei unserer Frage diese Unterscheidung zwischen res fungibiles und non fungibiles unnatürlich und für den gutgläubigen Empfänger des indebitum äußerst hart sein würde, leuchtet von selbst ein, und dagegen sprechen auch sehr bestimmt die oben zitirten Gesetze, in denen ganz allgemein, ohne irgend eine Unterscheidung der verschiedenen Arten von Sachen, der Grundsatz ausgesprochen ist, daß der Verklagte nur in quantum locupletior factus est, verhaftet sei. Die Analogie des Mutuum ist aber gewiß ohne alle Bedeutung; denn wenn auch in den Gesetzen auf einige Aehnlichkeit zwischen beiden Rechtsverhältnissen hingewiesen wird (T. 1), so soll damit doch gewiß nicht gesagt werden, daß in allen Beziehungen dieselbe Theorie bei beiden gelte; dies könnte schon darum nicht durchgeführt werden, weil ja das Mutuum nur bei Fungibilien, die solutio indebiti aber auch bei Sachen andrer Art vorkommen kann; jene Aehnlichkeit aber gerade nur in den Fällen wirksam werden zu lassen, in denen Gleichheit des Objekts vorkommt, würde sehr willkürlich sein. Endlich erscheinen auch die für jene angebliche Ausnahme angeführten Gesetze als unbeweisend, wenn man nur erwägt, daß dann, wenn res fungibiles indebite gezahlt sind, der Natur der Sache nach die Klage wirklich immer auf die Restitution von eben so viel eben so guter Sachen geht, daß also wirklich immer tantundem ex eodem genere *repetitur*, und nur dies sagen die zitirten Gesetze. Damit aber verträgt es sich recht gut, daß der Verklagte doch auf Weniger verurtheilt wird, wenn er die Einrede

vorbringt und beweist, er sei durch die solutio indebiti nicht bis zum vollen Belauf der Summe bereichert worden; und daß er zum Vorschützen dieser Einrede berechtigt ist, geht mit Evidenz aus den oben zitirten Gesetzen hervor. Vgl. auch Wächter im ziv. Arch. XV. S. 122 fgg., *C. Sell*, de condict. quaestiones duae. p. 126 sqq., Mommsen, Beiträge I. S. 320 fgg., Arndts Lehrb. §. 341 Anm. 7.

---

bb) Von der condictio causa data causa non secuta. §. 626.

Dig. XII. 4. de condictione causa data causa non secuta, Cod. IV. 6. de condictione ob causam datorum. — Glück XIII. S. 9 fgg. und die dort in Note 22. Angeff., *Waechter*, de cond. c. d. c. n. s. in contr. innom. Tüb. 1822. und jetzt bes. Erxleben, die condd. sine causa 2. Abth. (auch unter dem besonderen Titel: die Rückforderung erfolgloser Leistungen oder die obligatio ob rem dati re non secuta) Göttingen 1853. — Unterholzner II. S. 40 fgg., Koch III. S. 337 fgg., *Molitor* III. p. 57 sqq. Vgl. auch die oben zu §. 624 Angeff.

1) *Paul.* l. 1. §. 1. de cond. ob turp. v. inj. caus. (12, 5): Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.

2) *Pompon.* l. 52. de cond. ind. (12, 6), s. oben §. 624. T. 1.

3) *Paul.* l. 65. §. 4 eod., s. oben §. 624. T. 2. a. E.

Anm. Die Voraussetzungen der condictio causa data causa non secuta (auch condictio datorum ob causam) sind im Allgemeinen folgende:

1) Es muß Etwas wegen einer causa *futura honesta* hingegeben sein, T. 1—3, l. 1. pr. h. t. Ob die causa, wegen deren hingegeben wird, ausdrücklich angegeben ist, oder ob sie sich aus der Natur des konkreten Verhältnisses von selbst ergiebt, macht keinen Unterschied, während natürlich die condictio dann zessirt, wenn Jemand zwar durch Hingabe einen bestimmten Zweck zu erreichen wünschte, aber dieses nicht geäußert, sondern nur gedacht hat, l. 3. §. 7. h. t.:

Ulp.: „Constat, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum". l. 7. C. h. t., l. 25. C. de transact. (2, 4).

2) Die causa, wegen deren hingegeben ist, muß nicht eingetreten sein (causa non secuta); vgl. über diesen Begriff oben S. 269. Was namentlich die bestrittene (vgl. Glück XIII. S. 37 fgg. und Erxleben S. 386 fgg.) Frage anbelangt, ob die Rückforderung auch dann statthaft sei, wenn die causa rein zufällig nicht eingetreten ist, so muß man hier gewiß von der einfachen Unterscheidung ausgehen, ob die causa, wegen deren man hingab, in einer erwarteten Gegenleistung des Empfängers besteht, oder ob sie andrer Art ist. Im erstren Falle muß die Rückforderung wegfallen, wenn die Gegenleistung ohne alle konkurrirende Schuld des Empfängers, durch reinen Zufall unmöglich geworden ist, vgl. oben S. 233 fgg. Im zweiten Falle kann aber der Natur der Sache nach auf die Unterscheidung zwischen culpa und casus nichts ankommen, sondern die Rückforderung ist auch dann begründet, wenn ein bloser Zufall den Eintritt der causa verhindert hat.

3) Die Hingabe darf nicht in Folge eines, den Geber verpflichtenden Schuldverhältnisses geschehen sein, denn in solchem Falle kann, wenn die erwartete Gegenleistung nicht erfolgt, nicht das Gegebene kondizirt, sondern es muß mit der entsprechenden Klage auf Erfüllung geklagt werden. Offenbar kann man hier eigentlich auch gar nicht sagen, daß etwas ob causam futuram hingegeben sei; denn mochte auch der Geber die erwartete Gegenleistung im Auge haben, so hat er doch nicht deßwegen, sondern wegen der schon vorhandenen Obligation, also *solvendi* causa, hingegeben.

Die bei Weitem wichtigste Anwendung der cond. c. d. c. n. s. im römischen Rechte, nämlich bei den s. g. Innominat-Kontrakten, fällt freilich bei uns hinweg, vgl. §. 599. Anm.; dennoch aber kommt die Klage noch vielfach außerdem vor (vgl. Erxleben S. 49 fgg. S. 139 fgg.), und die wichtigeren Anwendungsfälle mögen hier bemerkt werden:

1) Bei der *donatio sub modo*, wenn die dem Beschenkten gemachte Auflage schuldhafter Weise von demselben nicht erfüllt wird, l. 2. 3. 8. C. h. t., l. 1. 3. C. de donat. quae sub modo (8, 55).

2) Bei der *dos praenumerata*, wenn die Ehe nachher nicht zu Stande kommt, l. 6. 7. 9. h. t., l. 7. §. 3. l. 74. de jure dot. (23, 3), l. 1. C. h. t.

3) Wenn Etwas *conditionis implendae* causa gegeben, dem Geber das bedingte Recht aber doch nicht erwerben wird, l. 1. §. 1, l. 2. h. t., l. 65. §. 3. de cond. indeb. (12, 6). Hierher gehört

auch der Fall, wenn der Bruder dem Bruder konferirt hat, aber nachher doch nicht Erbe geworden ist, l. 13. h. t.

4) Wenn eine Empfangs-Bescheinigung in Erwartung alsbaldiger Zahlung übergeben, die Zahlung aber nicht erfolgt ist, l. 4. C. de cond. ex lege (4, 9), l. 7. C. de non num. pec. (4, 30).

5) Wenn an einen Stellvertreter des Gläubigers Zahlung geleistet wird, und der Gläubiger nicht ratihabirt, l. 14. h. t., l. 58. pr. de solut. (46, 3). Wenn Manche wegen l. 14. cit. annehmen, daß in solchem Falle dem Zahlenden die cond. causa data c. n. s., oder die condictio furtiva zustehe, so ist dies grundlos, da jenes Gesetz nur sagt, daß nach Verschiedenheit der Fälle, gegen den falsus procurator bald die condictio furtiva zu gebrauchen sei, bald die condictio causa data c. n. s.; vgl auch *Sell*, de condict. p. 118 sqq.

6) Wenn wegen eines abgeschlossenen Vergleichs Etwas hingegeben ist, der Geber aber dennoch aus dem, durch den Vergleich abgethanen Verhältniß verurtheilt wird, so kann das Gegebene mit unsrer condictio zurückgefordert werden. „Sane quidem ob causam dedit; neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta; sed hic non videtur causa secuta, quum transactioni non stetur", l. 23. §. 3. de cond. indeb. (12, 6).

---

cc) Von der condictio ob turpem causam. §. 627.

Dig. XII. 5. de condictione ob turpem vel injustam causam, Cod. IV. 7. de condictione ob turpem causam. — Glück XIII. S. 50 fgg. und die dort in Note 13. Angeff., Unterholzner II. S. 22 fgg., Koch III. S. 340 fgg., *Molitor* III. p. 65 sqq.

1) *Paul.* l. 1. §. ult., l. 3. h. t.: Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest [l. 3.] Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur.

2) *Ulp.* l. 4. §. 3. h. t.: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix.

Anm. Die Voraussetzung dieser Klage ist einfach, daß Jemanden Etwas wegen einer causa futura in der Art gegeben ist, daß die Annahme desselben für den Empfänger, und nur für diesen, unehrenhaft und beschämend ist, einerlei ob er von einer ohnedies verbotenen Handlung abgehalten, l. 2. pr., l. 4. §. 2. h. t., oder ob er zu etwas bestimmt werden soll, wozu er schon ohnedies verpflichtet ist, l. 2. §. 1, l. 4. §. 4, l. 9. pr. §. 1. h. t.; und zwar findet in solchen Fällen die condictio selbst dann Statt, wenn der Empfänger auch wirklich seiner Verheißung nachgekommen ist, T. 1. („etiamsi res secuta sit"), l. 9. pr. h. t. Wenn eine Schändlichkeit des Gebers mit einer Schändlichkeit des Empfängers zusammentrifft, so ist zwar auch in diesem Falle keine Klage auf Erfüllung statthaft, l. 5. C. h. t.; wenn aber wirklich hingegeben ist, so wird der Grundsatz in Anwendung gebracht: in pari causa possessor potior haberi debet, l. 128 pr. de R. J., und die condictio ist ausgeschlossen, l. 8. h. t., l. 5. §. 1. de calumn. (3, 6), l. 5. pr. de cond. sine causa (12, 7), l. 2. 5. C. h. t., so ist also z. B. keine Rückforderung begründet, wenn ein Richter bestochen wird, einerlei ob der Prozeß ein gerechter oder ein ungerechter ist, l. 2. §. 2, l. 3. h. t., wenn Etwas stupri causa hingegeben wird, l. 4. pr. h. t., wenn Etwas gezahlt wird, um eine drohende Anklage oder Denunziation wegen eines begangenen Verbrechens abzukaufen, l. 4. pr. §. 1. h. t. u. dgl. m. Hiernach versteht es sich von selbst, daß auch dann von der cond. ob turpem causam keine Rede sein kann, wenn blos der Geber, nicht auch der Empfänger in turpitudine versirt, und dies nehmen die römischen Juristen z. B. dann an, wenn an eine patentisirte Hure etwas gegeben wird, T. 2. —

Ob es eine von der condictio ob turpem causam noch verschiedene condictio *ex injusta causa* gebe, ist bestritten, vgl. Glück XIII. S. 50 fgg.; aber gewiß muß man dies annehmen, da nicht nur in der Rubrik des Pandekten-Titels beide unterschieden, sondern im Kodex sogar beide in verschiedenen Titel-Rubriken genannt werden. Es ist aber die condictio ex injusta causa dann begündet, wenn Jemand durch wirkliche Ausübung eines Frevels oder Unrechts einen Vermögens-Vortheil erworben hat, l. 6. h. t.

> *Ulp.* „Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici, in qua sententia etiam Celsus est",

und so ist dieselbe z. B. begründet, wenn Jemand aus einem gewaltsam abgedrungenen Versprechen Etwas erlangt hat, l. 7. h. t.

> *Pompon.* „Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat",

so wie auch diese Klage gegen den malae fidei possessor wegen

der konsumirten Früchte gebraucht werden kann, l. 3. C. de cond. ex lege (4, 9); vgl. auch l. 13. §. 1. depos. (16, 3) und v. Savigny, Syst. Bd. V. S. 518 fgg., Wächter Erörtr. I. S. 94 fgg. Immer wird aber hier natürlich vorausgesetzt, daß der Kläger sein Eigenthum wirklich verloren hat, denn: nemo rem suam potest condicere, und dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der condictio furtiva, obwohl sie im Uebrigen dieser Klage näher steht, als den condictiones datorum.

---

dd) Von der condictio sine causa. §. 628.

Dig. XII. 7. de condictione sine causa; Cod. IV. 9. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa. — Glück XIII. S. 183 fgg. und die dort Angeff., Reinhard im ziv. Arch. XXIX. S. 233 fgg. — Unterholzner II. S. 25 fgg., Koch III. S. 345 fgg., *Molitor* III. p. 69 sqq. Vgl. auch Wächter, Erörtr. II. S. 98 fgg.

Anm. — I. Die condictio sine causa findet im Allgemeinen Statt, wenn entweder eine Leistung gleich von Anfang an ohne einen rechtsgenügenden Grund geschehen ist, oder wenn zwar Anfangs ein hinlänglicher Grund vorhanden war, dieser aber nachher weggefallen ist, l. 1. §. 2. h. t.

Ulp. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est — — dicendum est, condictioni locum fore“.

Die vornehmlichsten Anwendungsfälle sind folgende:

A) Wegen gleich Anfangs nicht vorhandenen hinreichenden Grundes kommt die condictio sine causa vor:

1) wenn aus einem eigentlich verbotenen Geschäfte wissentlich Zahlung geleistet ist, denn nach l. 5. C. de legib. (1, 14) soll in solchem Falle nicht blos das Geschäft selbst für ungeschehen angesehen werden, sondern auch „si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus“. So findet z. B. die condictio Statt, wenn Spielschulden, l. 3. C. de aleat. (3, 43) oder wucherische Zinsen wissentlich gezahlt sind, l. 18. C. de usur. (4, 32), wenn aus einer lex commissoria bei einem Pfandvertrag Etwas an Jemanden gekommen ist, l. ult. C. de pact. pign. (8, 35), und

wenn Etwas aus einem gerichtlich nicht bestätigten Transakte wegen legirter Alimente geleistet worden ist, l. 8. de transact. (2, 15), l. 23. §. 2. de cond. indeb. (12. 6), l. 8. C. de transact. (2, 4). Wenn ein Geschäft dagegen nicht eigentlich verboten, sondern nur für unverbindlich erklärt ist, da kann der Regel nach im Falle wissentlicher Zahlung keine Rückforderung Statt finden, indem hier der Gesichtspunkt einer Schenkung eintritt, l. 53. de R. J. (vgl. oben S. 409). Hiernach versteht es sich aber von selbst, daß, wenn gerade eine Schenkung für unverbindlich erklärt wird, wie namentlich große Schenkungen ohne Insinuation, und Schenkungen unter Ehegatten, hierbei stets die Rückforderung des wissentlich Gezahlten gestattet sein muß; denn daß man sonst die wissentliche Zahlung eines indebitum als Schenkung auffaßt, kann hier begreiflich die Rückforderung nicht ausschließen, eben weil ja hier eine Schenkung ausnahmsweise unverbindlich sein soll, l. 5. §. ult., l. 6. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 27, l. 36. §. 3. C. de donat. (8, 54). — Uebrigens sind die Ansichten über diese ganze Frage sehr verschieden, vgl. Weber, nat. Verb. §. 75 fgg., Thibaut, ziv. Abhandl. Nr. 14. S. 325 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen Bd. I. S. 351, Büchel, zivilrechtliche Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 100 fgg., C. Sell in sein. Jahrb. I. S. 144 fgg.

2) Wenn Etwas zu einem rechtlich unmöglichen Zweck einem Andren hingegeben ist, z. B. wenn Sachen als Heirathsgut in einem Falle hingegeben wurden, in welchem die Abschließung der Ehe unstatthaft ist, l. 5. pr. §. 1. h. t.

3) Wenn die Leistung von Jemanden ausgeht, welcher wegen beschränkten Veräußerungsrechts zur Zahlung unfähig ist, l. 29. de cond. indeb. (12, 6).

Ulp. „Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit, nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant numi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit".

4) Wenn der Geber bei der Hingabe einen andren Vertrag im Sinne hat, als der Empfänger, aber doch einen solchen, vermöge dessen ihm ein Rückforderungsrecht zustände, denn hat er quasi donaturus hingegeben, so steht seiner condictio die doli exceptio entgegen, l. 18. pr. §. 1. de R. C. (12, 1).

5) Hierher gehört auch die s. g. condictio Juventiana, l. 32. de R. C. (s. oben S. 401).

B) Propter causam finitam findet die condictio sine causa Statt:

1) bei einer Schenkung Todes halber, wenn einer der Wider-

rufsgründe einer solchen Schenkung eintritt, vgl. oben Bd. II. §. 561. Anm. gg. E. S. 660 fgg. Daß hier richtiger an eine causa finita, als an eine res non secuta zu denken ist, leuchtet wohl von selbst ein. Doch wurde, wenigstens von den Sabinianern, der letztere Gesichtspunkt aufgefaßt, l. 35. §. 3. de mort. c. donat. (39, 6): „nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, *quasi re non secuta*".

2) Bei einer einfachen Schenkung, im Falle eines Widerrufs wegen Undankbarkeit, l. 7. C. de revoc. donat. (8, 56).

3) Bei Brautgeschenken, wenn das Verlöbniß aufgehoben wird, l. 15. C. de donat. ante nupt. (5, 3).

4) Bei einer arrha nach realisirtem Vertrage, l. 11. §. 6. de act. emti vend. (19, 1).

5) Bei Schuldurkunden nach getilgter Schuld, l. 2. C. h. t.

6) Wenn Sachen zum Quasi-Ususfruktus hingegeben wurden, nach beendetem Ususfruktus, l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7, 5).

7) Wenn Jemand wegen abhanden gekommener Sachen von dem andren Kontrahenten, z. B. dem Kommodatar, entschädigt worden, nachher aber die Sache selbst wieder in die Hände des Entschädigten gekommen ist, l. 2. h. t.

8) Hierher können auch recht gut die oben Bd. II. S. 329 und S. 415. angeführten Kondiktions-Fälle gezählt werden, obwohl man hier gewöhnlicher eine condictio ex lege, nämlich ex lege 5. C. de inoff. donat., und ex lege ult. C. de H. P. anzunehmen pflegt.

II. Unter den in der vorigen Nummer angeführten Fällen finden sich nicht wenige, in denen nach allgemeinen Grundsätzen durch die Hingabe gar kein Eigenthum für den Empfänger begründet wird. In allen solchen Fällen versteht sich aber ganz von selbst, daß, so lange die hingegebene Sache noch bei dem Empfänger vorhanden, und also eine Vindikation derselben begründet ist, von unserer condictio keine Rede sein kann, denn „proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse", l. ult. i. f. usufr. quemadm. cav. (7, 9). Die condictio sine causa findet hier also immer erst dann Anwendung, wenn die hingegebene Sache konsumirt, und der Empfänger durch die Konsumtion reicher geworden ist, vgl. auch l. 11. §. 2. de R. C. („vindicari numi possunt, si extant — —; quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi possunt"), l. 29. de cond. indeb. (s. oben), l. 53. eod., l. 5. §. 18. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1), §. 2. J. quib. alien. (2, 8).

III. Wir haben bisher die condictio sine causa als eine condictio *datorum* aufgefaßt; aber es kann allerdings auch vorkommen, daß Jemand mit dieser condictio etwas aus seinem Vermögen Heraus-

gekommenes zurückfordert, ohne daß er es gerade dem Andren hingegeben hat, wenn nur die allgemeinen Voraussetzungen begründet sind, daß es „non ex justa causa ad eum pervenit“, l. 1. §. 3. h. t., daß dadurch eine unbillige Bereicherung auf Kosten eines Andren herbeigeführt wurde, und diesem Andren keine vindicatio zusteht (vgl. Nr. II.). Hierher gehört z. B. wenn ein bonae fidei possessor, welcher nur einen putativen Titel für sich hat (vgl. Ihering Abhh. S. 78 fgg., Wächter, Erörtr. II. S. 100. fgg.), meine Sache veräußert hat, und mir die vindicatio nicht mehr möglich ist, denn hier kann ich das, um was derselbe durch die Veräußerung reicher geworden ist, kondiziren, l. 23. de R. C.

African. „Si eum servum, qui tibi legatus est, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim“.

Eben so gehört hierher auch der Fall, wenn Jemand mit fremden Sachen Zahlung leistet, und die hingegebenen Objekte nicht mehr vindizirt werden können, indem hier dem Eigenthümer die condictio zusteht, l. 15. §. 1, l. 46. 53. de cond. indeb. (12, 6), l. 9. §. 1. ad SC. Maced. (14, 6), l. 67. de jure dot. (23, 1). So muß ferner hierher gezählt werden l. 4. §. 2. de R. C.

Ulp. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt“, wobei nicht bezweifelt werden kann, daß die condictio doch nur erst dann zuläßig ist, wenn eine vindicatio nicht mehr möglich ist. Und eben so gehören auch hierher l. 24. §. 1, l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1) u. A. m.

---

2) Leihvertrag. §. 629.

Dig. XIII. 6. commodati vel contra, Cod. IV. 23. de commodato. — Glück XIII. S. 426 fgg. und die dort in Note 85. Angeff., Unterholzner II. S. 552 fgg., Koch III. S. 351 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 385 fgg., G. E. Schmidt, das commodatum und precarium. Leipzig 1844, Heimbach in Weiske's Rechtslex. VI. S. 654 fgg., *Molitor* II. p. 475 sqq. Vgl. auch unten §. 691. Anm.

1) §. 2. J. quib. mod. re contr. oblig.: Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat, namque non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea

re ipsa restituenda tenetur. (Cf. l. 3. §. ult., l. 4: Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant). Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum.

2) *Ulp.* l. 1. pr. §. 1. h. t.: Ait Praetor: *Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo* (cf. Gai. IV. 47). §. 1. Hujus Edicti interpretatio non est difficilis; unum solummodo notandum, quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Inter commodatum et utendum datum Labeo quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendum dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait. (Cf. *Ulp.* l. 17. pr. de praescr. verb.: Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait, posse; sed est tutius, praescriptis verbis agere. — Vgl. Glück a. a. O. S. 450 fgg., Schmidt a. a. O. S. 117 fgg).

3) *Paul.* l. 17. §. 3. h. t.: Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit. Quum

autem id fecit, id est, postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem, et ideo invicem sunt propositae actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 184 fgg.

3) Depositum. §. 630.

Dig. XVI. 3, Cod. IV. 34. depositi vel contra. — Glück XV. S. 137 fgg. und die dort in Note 84. Angeff., Unterholzner II. S. 659 fgg., Koch III. S. 371 fgg., *Molitor* III. p. 1 sqq.

1) §. 3. J. quib. mod. re contrah. obl.: Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae ac negligentiae, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Praetor ait: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem ejus, quod dolo malo ejus factum dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum judicium dabo.*

3) *Nerat.* l. 18. eod.: De eo, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum, et intra annum quoque; in ipsum et in solidum, et in duplum, et in perpetuum datur. — Wenn Viele, vgl. z. B. Glück XV. S. 215 fgg. und die dort Angeff. aus dieser Stelle ableiten, daß im Falle des depositum miserabile die Klage gegen die Erben des dolosen Depositar nur innerhalb eines Jahres ange-

stellt werden dürfe — was, wenn es wahr wäre, um so mehr noch bei dem gewöhnlichen Depositum gelten müßte —: so beruht dies doch wohl auf einer irrigen Auslegung. Der wahre Sinn ist doch wohl nur der: „gegen die Erben des dolosen Depositar geht die Klage immer nur in simplum, selbst wenn sie innerhalb eines Jahres angestellt werden sollte", vgl. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 315. ibique citt., Unterholzner II. S. 672. Note y. u. A. m.

4) *Paul.* l. 6. h. t.: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. — 5) *Florentin.* l. 17. pr. h. t.: Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, quum rem communem plures deponunt.

Anm. Ein s. g. depositum irregulare wird dann angenommen, wenn Geld oder andere Fungibilien so deponirt werden, daß nicht die deponirten Sachen in specie, sondern nur tantundem ejusdem generis zurückgegeben werden soll. Vgl. überhaupt Glück XV. S. 150 fgg. und die dort Note 24 fgg. zahlreich Zitirten, Neustetel in dessen und Zimmern's römischrechtl. Unters. Nr. 1, Schaffrath, prakt. Abh. S. 97 fgg., Schmid im ziv. Arch. XXX. S. 77 fgg., Heimbach, Kreditum S. 431 fgg. Wenn Manche die Realität dieses Begriffes ganz leugnen, indem in solchem Falle nicht sowohl ein Depositum, als vielmehr ein Mutuum begründet sei, vgl. z. B. *Dedekind*, comm. jurid. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt etc. Wolfenb. 1753. p. 47 sqq.; *Zoller*, quaestio jur. controv.: an detur depos. irreg.? Lips. 1775, Schaffrath a. a. O., so ist diese Ansicht sicher unhaltbar, und mit unsren Quellen in unauflöslichem Widerspruche. Es müssen bei der Deposition von Fungibilien folgende Fälle unterschieden werden:

I. Wenn Geld — hiervon allein soll im Folgenden die Rede sein, indem, was die Quellen hiervon sagen, natürlich auch auf andere Fungibilien unbedingt anwendbar ist —, wenn also Geld verschlossen und versiegelt, oder in andrer Weise verwahrt, so zur Aufbewahrung hingegeben wird, daß gerade das Hingegebene in specie wieder restituirt werden soll, so ist begreiflich ein reines

Depositum vorhanden, l. 24. h. t. Der Depositar wird hier nicht Eigenthümer, hat nur für Dolus und culpa lata einzustehen und wenn er dies deponirte Geld angreift, so macht er sich eines furtum schuldig, l. 29. pr. h. t., l. 3. C. h. t. Von einer Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen kann in solchem Falle allerdings dann die Rede sein, wenn der Depositar in eine Mora kommt, oder zur Strafe wegen etwaigen unbefugten, diebischen Gebrauchs, l. 4. C. h. t., aber die Leistung vertragsmäßiger Zinsen ist ungedenkbar, eben weil ja das deponirte Kapital nicht angegriffen werden darf.

II. Es kann aber auch Geld in der Weise deponirt werden, daß es dem Depositar nicht etwa versiegelt übergeben, sondern nur zugezählt wird, und diese Geschäftsform kommt auch h. z. T. sehr häufig namentlich dann vor, wenn man Gelder, die man in jedem Augenblick disponibel haben, und darum nicht ausleihen will, bei einem Bankier deponirt. Hier ist nun das eigentliche Gebiet des s. g. depositum irregulare. Zergliedert man nämlich ein solches Geschäft, so ist es seinem Grundcharakter nach offenbar ein Depositum; man will im Wesentlichen nichts als sein Geld der größeren Sicherheit wegen in fremde Gewahrsam bringen. Aber man will, so zu sagen, nur die Summe, nicht die einzelnen Geldstücke deponiren, und wenn der Depositar nur dafür sorgt, daß in jedem Augenblicke die hingegebene Summe von ihm erhoben werden kann, so mag er über die hingegebenen Geldstücke nach Belieben disponiren, denn daß es dem Deponenten auf die letzteren nicht ankommt, zeigt sich ja eben darin, daß er sie offen dem Depositar zuzählt. Gerade in dieser letztren Beziehung nähert sich nun allerdings unser Geschäft dem Mutuum, indem dort, wie hier, der Empfänger Eigenthümer wird, und auch die Gefahr auf ihn übergeht; aber in allem Uebrigen ist es doch ein wahres Depositum, und ganz nach den Grundsätzen des letztren zu behandeln. So ist die Klage auf Rückgabe nicht die condictio certi ex mutuo, sondern die *actio depositi*, und diese kann also namentlich auch nicht durch Kompensations-Einrede beseitigt werden. Und was die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen anbelangt, so können hier anders, wie beim Mutuum auch Verzugs-Zinsen gefordert werden; es können ferner auch Zinsen durch einfaches *pactum adjectum* verabredet werden, — während bekanntlich bei dem Mutuum immer eine Stipulation nöthig war —, und es können selbst ohne Verabbredung Zinsen gefordert werden, sofern dies die Natur eines contractus bonae fidei mit sich bringt, wenn nämlich der Empfänger selbst auch Zinsen gezogen, oder sonst durch den Gebrauch des deponirten Geldes einen Vortheil erlangt hat. Die Belege zu diesen Sätzen sind aber in folgenden, freilich vielfach gedeutelten und mißverstandenen Gesetzen enthalten:

1) L. 31. loc. cond. (19, 2):

Alfen. „— — Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. *Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere*".

Geht man nicht mit Vorurtheilen an die Auslegung dieser Stelle, so sagt sie unzweideutig, daß wenn man zugezähltes, nicht versiegeltes Geld deponire, zwar allerdings das Eigenthum auf den Depositar übergehe, und dieser nur zur Zurückgabe einer gleich großen Summe verpflichtet sei, dennoch aber ein Depositum vorhanden sei. Wie es *duo genera locatarum rerum* gibt, und das Geschäft trotz des Eigenthums-Uebergangs doch im Wesentlichen eine locatio conductio bleibt, so gibt es auch duo genera depositarum rerum, und das Geschäft bleibt ein Depositum, obwohl das Eigenthum auf den Depositar übergeht.

2) L. 25. §. 1. h. t.:

Papinian. „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est".

Also mit einer actio *depositi* sollen Verzugs-Zinsen gefordert werden dürfen! Deutlicher kann doch in der That nicht gesagt werden, daß, ungeachtet nur tantundem, nicht idem, zu restituiren ist, das Geschäft dennoch ein Depositum bleibt, und nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen ist! Die Interpretationen der Gegner bedürfen keiner ernstlichen Widerlegung. So meint z. B. *Dedekind*, l. c. p. 64 sqq., in diesem responsum Papinian's sei wohl nur der Ausdruck *depositum* beibehalten, weil der Quärent sich desselben bedient habe (!), in der That aber habe Papinian an die condictio mutui gedacht, und materiell sei seine Entscheidung ganz in der Ordnung, weil ja auch bei dem Mutuum, als einem bonae fidei judicium, Verzugszinsen gefordert werden könnten!! Und Schaffrath S. 101 fgg. Note, will unser Gesetz von einem regelrechten Depositum verstehen, wobei der Depositar, weil er unbefugt das deponirte Geld zu eignem Nutzen verwendet habe, zur Zahlung von Strafzinsen verurtheilt werde!

3) L. 26. §. 1. h. t.:

Paul. „Lucius Titius ita cavit: suscepi habeoque apud me

titulo depositi supra scripta denarium argenti decem millia, meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto et profiteor, conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? *Paulus respondit, cum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt*".

Die beim ersten Anblick etwas auffallenden Schlußworte: „weil dieser Kontrakt über die Grenzen des depositum hinausgeht, deßhalb findet die actio depositi auf die Zinsen Statt" haben häufig den Verdacht einer Korruption hervorgerufen, und namentlich benutzen dies die Gegner des depos. irregulare, um diese Stelle mit ihrer Ansicht in Einklang zu bringen. So will *Dedekind* l. c. p. 65. lesen: „usurae quoque actione depositi peti *non* possunt" und Schaffrath a. a. O. S. 124. schlägt vor: „usurae *neque* act. dep. peti possunt". Aber auch Andre glauben den angeblichen innern Widerspruch nur durch eine Emendation heben zu können, und Hotomann, Obs. IV. c. 1, liest demgemäß: „depositae pec. modum *non* excedere, et ideo" etc., während *Overbeck*, de collocatione depositi p. 44. statt et ideo setzen will: *at vero*. Bedürfte es zur Widerlegung dieser mißrathenen Konjekturen einer äußern Auktorität, so könnten wir uns auf die Basiliken XIII. 2. 26. berufen, indem nicht nur aus dem freilich sehr abgekürzten Texte („Et usurae ex conventione depositi actione petuntur"), sondern insbesondere auch noch aus den beiden interessanten, jetzt aus dem Cod. Coisl. von Heimbach (tom. II. p. 54.) edirten Scholien dazu, mit Evidenz hervorgeht, daß die handschriftliche Lesart unsrer Stelle völlig echt ist. Der gute Sinn ist offenbar der: läge hier ein reines Depositum vor, so würde allerdings von einer Zinspflicht keine Rede sein können, eben weil ja hier das Geld von dem Depositar nicht gebraucht werden dürfte (s. oben bei Nr. I.); da aber der vorliegende Kontrakt über das reine, gewöhnliche Depositum hinausgeht, so können allerdings auch die durch das pactum adjectum bedungenen Zinsen mit der actio depositi eingefordert werden; vgl. auch Neustetel a. a. O. S. 16., Heimbach S. 441 fgg. Hiernach beweis't also auch diese Stelle auf das Entschiedenste, daß, ungeachtet der Depositar nur zur Rückgabe von tantundem verpflichtet, und also zum Gebrauche der deponirten Geldstücke berechtigt ist, doch das Geschäft ein Depositum bleibt, daß die *actio depositi* daraus Statt findet, und durch ein einfaches pactum adjectum eine Zinspflicht begründet werden kann.

4) L. 28. h. t.:

Scaevola. „Q. Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta. Caecil. Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque numorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse, quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, id est, ut usuras eorum accipias, curae habebo. Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possunt? Respondi, deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est“.

Auch hier ist offenbar von einem Depositum die Rede — denn wenn *Dedekind* p. 60. das Gegentheil annimmt, und die Stelle von einem Mutuum zu verstehen scheint, so ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, wenn man mit ihm das Mutuum als einen contractus bonae fidei ansieht, und selbst unter dieser irrigen Voraussetzung würde doch diese Annahme kaum zulässig sein — und Scävola erkennt an, daß unter den in der Empfangs-Bescheinigung angegebenen Umständen mit der actio depositi, als einem judicium bonae fidei, Zinsen gefordert werden dürften, wenn der Depositar selbst deren gezogen, oder die deponirten Gelder zu eignem Vortheil verwendet habe.

5) L. 29. §. 1. h. t.:

Paul. „Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur“.

Auch diese Stelle bedarf kaum eines Kommentars. Sehen wir von der eben so überflüssigen als ungeeigneten Konjektur Huschke's in Gieß. Zeitschr N. F. II. S. 150 fgg. (welcher Statt: ex permissu meo lesen will: *im*permissu meo) ganz ab, so ist ihr einfacher, mit den übrigen Quellen-Zeugnissen vollkommen übereinstimmender Sinn folgender: wer Gelder so deponirt, daß nur tantundem restituirt zu werden braucht, der kann dann, wenn der Depositar von der ihm dadurch eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht, und die Gelder für sich benutzt hat, in Gemäßheit der Natur eines judicium bonae fidei, mit der actio depositi Zinsen fordern. Schaffrath a. a. O. S. 117. glaubt freilich, daß hier von einer später hinzugekommenen Gebrauchs-Gestattung die Rede sei, und man also nothwendig eine Umwandlung des depositum in ein Mutuum annehmen müsse, und die Worte: ut in caeteris bonae fidei judiciis will er dann aus der Annahme erklären, daß dann, wenn ein bonae fidei negotium (depositum) durch stillschweigende privativa novatio in ein stricti juris negotium (mutuum) verwandelt worden sei, die aus diesem

28*

entspringende Klage einige Eigenthümlichkeiten einer bonae fidei actio behalten zu haben scheine!

6) Endlich muß hier noch eine Stelle aufgeführt werden, auf welche sich die Vertheidiger, wie die Gegner des depositum irregulare gleichmäßig zu berufen pflegen, nämlich die berüchtigte l. 24. h. t.:

Papinian. „L. Titius Sempronio salutem. Centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio, quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi, depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras adtinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur“.

Die vielen, zum großen Theil völlig mißlungenen Auslegungen dieses Gesetzes näher zu prüfen, ist hier der Ort nicht, vgl. z. B. *Duaren.* in tit. Depositi cap. 4. (in opp. p. 1008.), *Cujac.* in lib. IX. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. IV. p. 210 sqq.), *Hotoman.* Obss. IV. 1, *Noodt* de pact. c. 19, *Dedekind* cit. p. 60 sqq., Glück XV. S. 157 fgg., Neustetel a. a. O. S. 17 fgg., Schaffrath a. a. O. S. 99 fgg. Not., Schmid a. a. O. S. 79 fgg. Halten wir daran fest, daß nach den bisher angeführten Stellen die römischen Juristen unzweifelhaft der Ansicht waren, daß, wenn eine blos zugezählte, nicht verwahrte, Geldsumme deponirt werde, das Geschäft deßhalb noch nicht aufhöre, der Absicht der Partheien gemäß ein Depositum zu sein, und erwägen wir, daß Papinian selbst diese Ansicht in einer ganz unzweideutigen Stelle als richtig anerkannt hat, l. 25. §. 1. h. t. (s. oben Nr. 2.): so wird schon von vorneherein nicht leicht angenommen werden können, daß Papinian hier eine entgegengesetzte Theorie vorgetragen haben sollte. Lassen wir zunächst einmal den ganzen Zwischensatz von: Quod ita verum est bis: non facile dicendum est außer Betrachtung, und denken uns, die folgenden Worte: Et est quidem constitutum etc.

schlössen sich unmittelbar an die früheren an: quid est enim aliud commendare, quam deponere: so entsteht ein sehr einfaches, und mit den bisher gefundenen Sätzen völlig übereinstimmendes Resultat. In dem zur Beurtheilung vorgelegten Handscheine hatte L. Titius bekannt, daß ihm von Sempronius eine gewisse zugezählte („*annumerante* servo Sticho actore") Geldsumme anvertraut worden sei („quos commendasti mihi"), und versprochen, dieselbe in jedem Augenblick, wann und wo Sempronius sie fordern würde, zurück zu erstatten. Offenbar lag also ganz unser Fall vor, wornach nicht daran gedacht werden konnte, daß gerade dieselben Geldstücke wieder restituirt werden sollten, sondern es sich blos um die Rückgabe derselben Summe handelte, und dies konnte auch nur die Meinung des Quärenten sein, da er bei Papinian anfragte, ob er auf den Grund dieses Handscheins Zinsen von Titius fordern könne? Papinian antwortet: Aus diesem Handschein geht hervor, daß ein Depositum vorliegt, und Dir die actio depositi zusteht, denn *commendare* ist ja nichts Andres, als *deponere*. Nun ist es allerdings wahr, daß bei einem judicium bonae fidei Zinsen officio judicis zuerkannt werden dürfen, aber dies findet doch bei dem vorliegenden Geschäfte keine Anwendung, da es unbillig und contra bonam fidem sein würde, den Depositar, der Dir durch die Uebernahme des Depositum eine Gefälligkeit erweisen wollte, zur Zahlung von Zinsen zu verpflichten; und so kannst Du also nur dann Zinsen fordern, wenn Titius in Mora sein sollte, oder wenn durch ein pactum in continenti adjectum Zinsen unter Euch verabredet sind. (Daß Papinian den nach unsren obigen Erörterungen möglichen dritten Fall einer Zinspflicht außer Acht gelassen hat, wenn nämlich der Depositar durch eignen Gebrauch des Geldes Vortheil gezogen, hat gewiß den Grund, weil hier der Depositar wegen seines ausdrücklichen Versprechens, in jedem Augenblick, wann es Sempronius verlangen würde, die Summe zu restituiren, immer eine gleich große Geldsumme bereit liegen haben mußte, und man darum nicht leicht annehmen konnte, daß er gerade durch die Verwendung der deponirten Geldstücke einen Vortheil erlangt habe.) Daß nun diese Antwort Papinian's völlig mit den übrigen, oben betrachteten Stellen in Einklang steht, bedarf keiner Erörterung, und nur das ist noch hervorzuheben, daß auch Papinian bei dieser Entscheidung offenbar nur den Fall vor Augen hat, wenn es sich um Restitution von *tantundem* handelt; denn von einem Zinsvertrag zu sprechen, wenn *idem* restituirt werden sollte, wäre augenscheinlich absurd. Papinian erkennt also in diesen Schlußworten unzweideutig an, daß die actio depositi auch dann Statt finde, wenn nur eine gleiche Summe von dem Depositar zurückgegeben werden soll. — Wenden wir uns

jetzt zu dem bisher außer Acht gelassenen, eingeschalteten Zwischensatz, der sich an den Ausspruch anschließt, daß in dem vorliegenden Falle eine actio depositi begründet sei, weil, wie aus dem Ausdruck *commendare* hervorgehe, dies die Absicht der Partheien gewesen sei. Dieser Zwischensatz kann nach dem Vorhergehenden nur den Sinn haben: „Dieses — daß nämlich die actio depositi Statt finde — ist dann unzweifelhaft, wenn der Vertrag darauf geht, daß dieselben Münzstücke wieder zurückgegeben werden sollen; denn wenn ausgemacht ist, daß nur dieselbe Summe restituirt werden soll, so überschreitet dieses freilich die bekannten Grenzen des Depositum. Wollte man aber deßhalb die actio depositi ganz in Abrede stellen, so würde bei der vorliegenden Frage von Zinsen gar keine Rede sein können". Papinian will mit diesen Worten nicht wirklich die Zulässigkeit der actio depositi verneinen — darauf deutet ja auch bestimmt genug die hypothetische Fassung der Worte: *si dep. actio non teneat*, und mit Recht schaltet der griechische Scholiast in dem, jetzt erst vollständig aus dem Cod. Coisl. von Heimbach edirten schol. ad h. l. (Heimb. II. p. 52), hier die Worte ein: „hoc autem nemo ait, nam depositi actio competit, ut infra ostendit" —, sondern er will nur andeuten, was in Betreff der Zinsen Rechtens sein würde, wenn man dem Gesichtspunkt Raum geben dürfte, daß hier vielmehr ein Mutuum, als ein Depositum vorläge. Nach Beseitigung dieser Zwischenfrage knüpft nun Papinian an seinen ersten, durch den parenthetischen Satz nicht zurückgenommenen und nicht beschränkten Ausspruch „daß hier die actio depositi begründet sei, weil die Kontrahenten ein Depositum beabsichtigt hätten" die weitere Erörterung an, wie es nun unter dieser richtigeren Voraussetzung mit der Zinspflicht zu halten sei. —

Durch diese Gesetze scheint mir die Realität des depositum irregulare in dem oben angegebenen Sinne vollständig bewiesen zu sein, und nur die Schlußbemerkung ist hier noch hinzuzufügen, daß wenn ein solches Depositum bei einem Argentarius vorkommt, und der Deponent sich davon Zinsen auszahlen läßt, das Geschäft insofern wie ein Mutuum behandelt wird, daß dann das privilegium exigendi, welches sonst dem Deponenten zusteht (§. 594.), nicht begründet ist, l. 7. §. 2. h. t.

> *Ulp.* „— — dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, *quasi renunciaverint deposito*",

l. 24. §. 2. de reb. auct. jud. (42, 5):

> *Ulp.* „Sed enim, qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, *aliud est enim credere, aliud deponere*."

Wenn man die hervorgehobenen Worte dieser Stellen auch schon als

wichtige Argumente gegen den Begriff von depositum irregulare hat benutzen wollen, so verkennt man ganz die besondre Beziehung, in welcher diese Ausdrücke von Ulpian gebraucht worden sind.

III. Wir haben gesehen, daß dann, wenn die Partheien ein Depositum beabsichtigten, es unbedenklich dabei sein Bewenden behält, wenn auch von den sonstigen Grundsätzen dieses Vertrags so weit abgewichen wird, daß der Depositar nur tantundem, nicht idem restituiren, und also zum Gebrauch der deponirten Geldstücke befugt sein soll. Eine andre Frage aber ist die, wenn umgekehrt die Partheien ein bestehendes regelmäßiges Depositum von Fungibilien in ein Mutuum umzuwandeln beabsichtigten, was dazu erforderlich sei? Genügt dazu der blose Vertrag, oder muß noch etwas Anderes hinzutreten? Der Zweifelsgrund ist der, weil zum Begriff des Mutuum gehört, daß numi, qui mei erant, tui facti sunt. Geht nun schon durch den blosen Vertrag das Eigenthum über? oder muß nicht noch eine neue Besitzergreifung von Seiten des Depositars hinzukommen? Auf diese Frage antwortet Ulpian in l. 9. §. 9. de R. C.:

„Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus, *etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse*, ajunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et potest ei condici.“

Also der blose Vertrag soll genügen, weil durch den veränderten *animus* die bisherige Detention sich in eine possessio umwandelt („animo enim coepit possidere“), und dadurch Eigenthums-Uebergang bewirkt wird; ein besonderer Apprehensions-Akt in Betreff der deponirten Geldstücke ist aber nicht nöthig („etiam *antequam moveantur*“). Die Gegner des depos. irregulare haben auch diese Stelle als ein wichtiges Argument dafür benutzen wollen, daß wenn dem Depositar der Gebrauch des deponirten Geldes gestattet sei, das Geschäft immer ein Mutuum, und kein Depositum mehr sei. Daß dies aber ein Mißverständniß ist, leuchtet von selbst ein. Ulpian wollte nicht, wie man fälschlich anzunehmen pflegt, die Frage beantworten: ob dann, wenn dem Depositar der Gebrauch der deponirten Fungibilien gestattet werde, noch ein Depositum angenommen werden dürfe, oder ob nicht vielmehr ein Mutuum angenommen werden müsse? sondern vielmehr die andre, wesentlich davon verschiedene: ob dann, wenn die Partheien ein bestehendes Depositum in ein Mutuum umzuwandeln beabsichtigten, „dazu der blose Vertrag genüge, oder noch eine spezielle Besitzergreifung der deponirten Geldstücke erforderlich sei“? Daß aber diese Stelle (vgl. auch die ähnliche l. 34. mandati) nach dieser unzweifelhaft richtigen Auffassung alle Bedeutung für die Theorie des depos. irregulare verliert, leuchtet

von selbst ein. — Ganz eben so verhält es sich mit zwei andren Ulpianischen Stellen, welche die Gegner des depos. irregulare für sich anzuführen, und die Vertheidiger desselben nur ungenügend zu beseitigen pflegen, nämlich mit l. 10. de R. C. (12, 1).

> *Ulp.* „Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum",

und l. 1. §. 34. h. t.:

> *Ulp.* „Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi teneberis".

Es wird hier der Fall behandelt, wenn mit dem Depositum ein eventueller Darlehns-Vertrag in der Art verbunden wird, daß es dem Willen des Depositar anheim gegeben wird, das Depositum in ein Mutuum umzuwandeln („si voles", „si voluisses"), vgl. auch l. 4. pr. de R. C. (12, 1). Auch für diesen Fall entstand die Frage, in welchem Zeitpunkte diese Umwandlung angenommen werden könne, und hier entscheidet sich Ulpian aus begreiflichen Gründen dafür, daß dieselbe erst dann vor sich gehe, wenn der Depositar wirklich einen besondern Apprehensions-Akt vorgenommen, also z. B. das deponirte Geldpaket eröffnet, das Geld zu seinem eigenen gethan, es ausgegeben habe u. dgl. Auch hier wird die eventuelle Absicht, ein Mutuum zu kontrahiren, als unzweifelhaft vorausgesetzt, und nur die Frage beschäftigt den Juristen, von welchem Zeitpunkte an das eventuell beabsichtigte Mutuum seinen Anfang nehme? Aus diesen Stellen kann also eben so wenig, wie aus l. 9. §. 9. de R. C. irgend ein Argument, weder gegen noch für die Annahme eines s. g. depos. irregulare entnommen werden.

---

4) Pfandvertrag. §. 631.

Dig. XIII. 7. de pignoratitia actione vel contra, Cod. IV. 24, de pignoratitia actione. — Glück XIV. S. 1 fgg., Sintenis, Handb. des gem. Pfandr. §. 26. 27, Unterh. II. S. 849 fgg., Koch III. S. 411 fgg., *Molitor* III. p. 77 sqq. (s. auch Bd. I. §. 372.).

§. ult J. quib. mod. re contrah. oblig.: Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit

sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet, quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

II. Obligationen aus Konsensual=Verträgen.

1) Verträge zum Zweck der Veräußerung.

A) Kaufvertrag.

Inst. III. 23. [24] de emtione et venditione, Dig. XVIII. 1. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt, Cod. IV. 38. de contrahenda emtione et venditione. — Glück XVI. S. 1 fgg., XVII. S. 1 fgg. und die dort Bd. XVI. Not. 1 Zitirten, Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 3., Grath und Wilda in Weiske's Rechtslex. VI. S. 10 fgg. — Unterh. II. S. 217 fgg., Koch III. S. 602 fgg., *Molitor* II. p. 1 sqq. — Vgl. auch Treitschke, der Kaufkontrakt in besondrer Beziehung auf den Waarenhandel. Leipzig 1838, Thöl, Handelsrecht Bd. I. §. 63 fgg., Brinckmann Lehrb. des Handelsr. §. 67 fgg.

a) Begriff und Erfordernisse. §. 632.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Sed an sine numis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emtionem et venditionem putant, Nerva et Proculus permutationem, non emtionem hoc esse. — Sed verior est Nervae et Proculi sententia, nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. — Cf. l. 1. pr. de rer. permut. (19, 4), §. 2. J. h. t., Gai. III. §. 141.

2) *Pompon.* l. 8. h. t.: Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, quum editus esset partus, jam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse. §. 1. Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum

quasi alea emitur, quod fit, quum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est, et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.

3) *Ulp.* l. 2. §. 1. h. t.: Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem.

Anm. — I. Das Charakteristische der emtio venditio, namentlich im Gegensatz zu der permutatio, ist nach der herrschend gewordenen Lehre der Prokulianer die Unterscheidbarkeit der Waare und des Preises (T. 1).

1) Als Waare, merx — worunter die Römer eigentlich freilich nur bewegliche Sachen verstanden, l. 66. de V. S., worunter wir aber hier jeden Verkaufs-Gegenstand verstehen — kann jede Sache vorkommen, über welche nur überhaupt Verträge giltig abgeschlossen werden können, l. 34. §. 1. h. t., und namentlich können nicht blos körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche — z. B. nomina, jura in re — giltig verkauft werden, und ausgenommen ist nur begreiflich baares Geld, und eben so eigentliche Fakta, bei welchen kein Verkauf, sondern nur eine locatio conductio oder etwa ein s. g. Innominat-Kontrakt angenommen werden kann. Daß die Waare nicht schon im Eigenthum des Käufers stehen darf, daß auch dem Verkäufer nicht gehörige Sachen giltig verkauft werden können, daß vor dem Kontrakt erfolgter Untergang der Waare den Begriff der emtio venditio aufhebt u. dgl. m., geht Alles schon aus allgemeinen Grundsätzen hervor, und hat für die emtio venditio nichts Besonderes. Daß die Waare schon gleich Anfangs vollständig bestimmt oder auch nur vorhanden sei, ist keineswegs erforderlich; doch muß, wenn dies nicht der Fall ist, zwischen der s. g. emtio *spei* und emtio *rei speratae* unterschieden werden. Eine emtio spei ist dann vorhanden, wenn nach der Vertrags-Intention das Kaufgeld in jedem Falle bezahlt werden soll, mag nun viel oder wenig, oder gar nichts zum Vorschein kommen, und dies kommt z. B. vor, wenn das Ergebniß eines Fischzugs oder dgl. gekauft wird, T. 2, l. 11. §. ult., l. 12. de act. emt. vend. (19, 1), und h. z. T. erscheinen dgl. Hoffnungskäufe vorzugsweise in der Gestalt von Lotterie- und Ausspiel-Geschäften. Wenn aber vorher als das Charakteristische der emtio spei bemerkt wurde, daß der Käufer auch

dann das Pretium bezahlen müsse, wenn nichts zur Existenz komme, so versteht sich doch von selbst, daß nicht schon vorher die Realisirung der Hoffnung unmöglich geworden sein darf, und wenn also z. B. der Teich, aus welchem der Fischzug geschehen sollte, schon vorher abgelassen, oder das auszuspielende Pferd noch vor dem Ausspieltage gestorben wäre, so könnte von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Pretium keine Rede sein. — Eine emtio *rei speratae* ist aber dann anzunehmen, wenn eine künftige Sache unter der Bedingung ihrer Existenz gekauft wird, und das Pretium also nur dann und nur soweit zu leisten ist, wenn und wieweit die erwartete Sache wirklich zur Existenz gekommen ist; die Qualität der wirklich existent gewordenen Sache hat aber begreiflich auf das Pretium keinen Einfluß, und wenn sie viel besser ist, als der Verkäufer erwartete, so kann deßhalb eben so wenig eine Erhöhung des Kaufgeldes verlangt werden, als sich umgekehrt eine Minderung desselben rechtfertigen läßt, wenn sie viel schlechter ausgefallen ist, als der Käufer gehofft hat. Beides, sowohl die emtio spei als die emtio rei speratae sind gewagte Geschäfte, aber bei der ersteren ist das Wagniß viel größer, als bei der zweiten, denn dort bleiben Existenz, Quantität und Qualität ohne allen Einfluß auf das bestimmte Pretium, während hier nur blos die Qualität einflußlos ist, während es auf die Existenz und die Quantität allerdings ankommt. Setzen wir, es kauft Jemand für eine bestimmte Summe den ganzen nächstjährigen Ertrag eines Weinbergs, so ist dieses ohne Zweifel eine emtio spei, und er muß mir das ganze Pretium zahlen, wenn auch gar nichts, oder so gut, wie gar nichts erzielt wird, arg. l. 78. §. ult. h. t. Setzen wir aber, er kauft 10 Ohm des Weins, welchen ich im nächsten Jahre in meinem Weinberge ziehen würde, so ist dieses eine emtio rei speratae, und wenn gar nichts oder etwa nur 5 Ohm erlöst werden, so hat er auch gar nichts oder nur die Hälfte des Pretium zu bezahlen, während es freilich schlechthin in keinen Betracht kommt, ob der Wein gut oder schlecht ausfällt. Wie aber in einem solchen Falle der Käufer immer nur nach dem quantitativen Verhältniß der zur Existenz gekommenen Sachen das Pretium zu zahlen hat, eben so hat auch umgekehrt der Verkäufer für nichts mehr einzustehen, als wirklich zur Existenz gekommen ist, und so kann er also z. B. in unsrem vorigen Falle, obwohl er 10 Ohm verkauft hat, doch nicht für die nicht erzielten 5 Ohm zum Ersatz des Interesse angehalten werden. Einen solchen Fall entscheidet die vielfach mißverstandene l. 39. §. 11. h. t.

Julian. „Verisimile est, eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque

ad decem pondo olei, idcirco solis quinque collectis non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent, a plerisque responsum est".

Man versteht dieses Gesetz bald von dem Falle, wenn Jemand seinen ganzen zu erwartenden Oelertrag verkauft, und dabei den Preis nach dem Durchschnitts-Ertrag von 10 Pfund bestimmt habe, und die Entscheidung soll dann die sein, daß, wenn nur fünf Pfund gewonnen seien, der Käufer auch nur diese fünf Pfund verlangen könne, aber doch das gesammte Pretium bezahlen müsse, vgl. Glück IV. S. 189 fgg. Not. und die dort Angeff. Bald denkt man an den Fall, wenn 10 Pfund der zu erwartenden Erndte verkauft, und blos fünf Pfund wirklich gewonnen seien, in welchem Falle der Käufer auch nur das Pretium für fünf Pfund zu bezahlen habe: und die Vertheidiger dieser letztren Auslegung wollen dann Statt: *emtor* petere potest lesen *ab emtore* petere potest, vgl. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 416. Wirklich muß auch der Fall unsres Gesetzes in der letztbemerkten Weise aufgefaßt werden, aber die Entscheidung geht nicht darauf, was der Verkäufer fordern dürfe, sondern umgekehrt darauf, daß der Käufer auch nicht mehr, als die wirklich gezogenen fünf Pfund von dem Verkäufer verlangen dürfe, vgl. auch Basil. XIX. 1. 37. bei Heimb. II. p. 264. („Vendidi tibi fructum pendentis olivae vel promisi decem pondo et sola quinque pondo nasci contigit, non amplius quam quinque pondo a me exigentur"). — Wann übrigens eine emtio spei und wann eine emtio rei speratae anzunehmen sei, ist eine reine Interpretations-Frage, die in jedem einzelnen Falle aus der Absicht der Paziszenten beantwortet werden muß, und die gewöhnliche Lehre, daß eine emtio spei angenommen werden müsse, wenn die Existenz des Gegenstandes von einem bloßen Zufall abhänge, daß aber eine emtio rei speratae vorhanden sei, wenn die Existenz der gekauften Sache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden könne, vgl. z. B. Glück IV. S. 192, beruht auf keinem haltbaren Grunde.

2) Der Kaufpreis, das pretium, muß der Regel nach in baarem Gelde bestehen, T. 1, was aber dann unnöthig ist, wenn eine Sache feilgeboten, und nun eine andre Sache dafür gegeben wird, denn hier ist schon durch das Feilbieten die Sache als Waare kenntlich, und die dagegen gegebene Sache nimmt dadurch von selbst den Charakter des Pretium an, Gai. III. 141, l. 1. C. de rer. permut. (4, 64), Thöl, Handelsr. I. §. 63, Leist in der Gießer Zeitschr. XVII. S. 362 fgg. Wenn der Verkäufer nachher sich gefallen läßt, Statt des Geldes andre Sachen anzunehmen, so ändert sich dadurch der Begriff des Geschäfts nicht, l. 9. C. de resc. vend. (4, 44), und auch das hebt den Begriff der emtio venditio nicht

auf, wenn neben dem Gelde noch andre Sachen versprochen werden, l. 79. h. t., l. 6. §. 1. 2. de act. emt. vend. (19, 1). Gewöhnlich lehrt man nun, das pretium müsse *verum*, *certum* et *justum* sein. Was zunächst

a) die veritas pretii anbelangt, so versteht es sich von selbst, daß wenn der Kaufpreis blos simulirt, blos zum Scheine beigefügt ist, eine Schenkung, aber kein Verkauf vorhanden ist, l. 36. h. t., l. 3. 9. C. h. t. Wird absichtlich aus Freundschaft zu wohlfeil verkauft, so ist ein solcher Freundschaftsverkauf (s. g. venditio gratiosa) doch im Ganzen als wahrer Verkauf anzusehen, obwohl er unter Eheleuten wegen der verbotenen donatio inter virum et uxorem ungiltig ist, l. 38. h. t.

> *Ulp.* „Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est".

vgl. l. 31. §. 3. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1).

b) Das pretium muß auch *certum* sein, wozu aber nicht gehört, daß gerade eine bestimmte Summe genannt sei, sondern es genügt auch eine relative Bestimmtheit, z. B. „quantum pretii in arca habeo" l. 7. §. 1. h. t., denn in solchem Falle „magis ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est" l. 7. cit., vgl. auch l. 7. §. 2, l. 37. h. t. So kann auch unbedenklich die Festsetzung des Preises in das Ermessen eines Dritten gestellt werden, in welchem Falle aber nach einer besondern Dezision Justinians zur Giltigkeit des Geschäfts wesentlich erfordert wird, daß der designirte Dritte auch wirklich den Preis festsetzt, denn geschieht dies nicht, so ist das Geschäft völlig ungiltig, ohne daß das arbitrium boni viri irgend eines Andren hier ergänzend eingreifen dürfte, l. 15. C. h. t.; §. 1. J. de emt. et vend., und dasselbe muß konsequent wohl auch dann angenommen werden, wenn der designirte Dritte zwar geschätzt hat, aber so unbillig, daß seine Schätzung umgestoßen werden kann. In das Ermessen eines der Kontrahenten darf die Festsetzung des pretium nicht gestellt werden, denn dies würde ein negotium imperfectum sein, l. 35. §. 1. h. t., l. 13. C. h. t. Wird, was ja oft vorkommt, über das Pretium gar nicht verhandelt, z. B. man nimmt von einem Kaufmanne Waaren aus, ohne nach dem Preise zu fragen, oder man bestellt bei einem Handwerker eine Arbeit u. dgl., so ist nach römischer Ansicht kein Kaufkontrakt vorhanden, §. 1. J. de emt. et vend., pr. J. de loc. et cond. (3, 24),

l. 35. §. 1. h. t., l. 2. pr. loc. cond. (19, 2); sondern ein Innominat-Kontrakt, und der, welcher die Waare geliefert, die Arbeit verfertigt hat, fordert mit der actio praescriptis verbis ein entsprechendes Aequivalent in Geld, wobei aber natürlich, nach den Grundsätzen des arbitrium boni viri, wenn eine manifesta iniquitas vorkommt, eine richterliche Herabsetzung Statt finden kann, l. 79. pro soc. (17, 2). Da übrigens die Erklärung des Kontrahenten, welcher so die Rechnung für eine geschehene Leistung macht, offenbar nicht als bloser Vorschlag zur Eingehung eines Geschäfts angesehen werden kann, sondern den Charakter eines arbitrium boni viri an sich trägt, so ist es unstatthaft, daß derselbe später, wenn etwa keine alsbaldige Befriedigung erfolgt, seine Ansprüche steigert, vgl. auch Thon in der Gießer Zeitschrift X. 7.

c) Daß auch das Pretium *justum* sein, also im Verhältniß stehen müsse zum wahren Werth der Sache, ist im Allgemeinen unwahr, sondern es gilt vielmehr die Regel, daß der Verkäufer so theuer als möglich verkaufen, der Käufer so wohlfeil als möglich kaufen dürfe, l. 16. §. 4. de minor. (4, 4), l. 22. §. 3. loc. (19, 2). Nur, wo gesetzlich Taxen festgesetzt sind, leidet dies begreiflich eine Ausnahme, und ebenso versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß bei der Festsetzung des Preises kein Dolus eingewirkt haben darf, und die Grundsätze über *laesio enormis* gewahrt sein müssen.

II. Wie zwischen Kauf und Tausch die Grenzen schwankend waren, so war dies auch mehrfach zwischen venditio und locatio der Fall. Sehen wir hier von dem Falle der Vergabung zu emphyteutischem Rechte ab, vgl. Gai. III. 145, §. 3. J. de locat. (3, 24), l. 1. C. de jure emphyteut. (4, 66), so trat ein solches Schwanken besonders in dem Falle ein, wenn gegen einen bestimmten Preis Arbeiten verfertigt werden sollten. Doch erhielt bald — gegen die Meinung des Cassius, welcher hier ein doppeltes Geschäft, eine venditio und eine locatio annehmen wollte — die Ansicht die Oberhand, daß, wenn der Verfertiger den Stoff dazu gebe, ein reines Kaufgeschäft, im umgekehrten Falle aber eine locatio conductio angenommen werden müsse, Gai. III. 147, §. 4. J. de loc. et cond. (3, 24), l. 20. h. t., l. 2. §. 1, l. 22. §. 2. loc. (19, 2), vgl. auch l. 65. h. t.

Javolen. „Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtionem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu ejusdem manet, quoties

vero et immutatur, et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet".

Wenn Leist in der Gießer Zeitschr. XVII S. 374 fgg. statt: ut *darem*, convenit lesen will: ut *dares*, convenit, so daß hier der Fall, wenn der dritte Verfertiger den Stoff zu den von ihm zu fabrizirenden tegulae aus meinem Grundstücke nimmt, entschieden und für einen Verkauf erklärt wäre: so scheinen mir die innern Gründe, die Leist hierfür vorbringt, nicht hinreichend zu sein, eine solche Veränderung zu rechfertigen, und zwar um so weniger, da auch die Basiliken die handschriftliche Lesart unterstützen, vgl. XIX. 1. 63. bei Heimb. II. p. 267. („Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum pro certo pretio faceres. Si quidem materia tua est, ex qua fiunt, venditio est; si vero ego eam dedi, conductio est; nam in venditione dominium materiae mutatur; in conductione vero ejusdem manet").

---

b) Verbindlichkeiten der Kontrahenten.

Dig. XIX. 1, Cod. IV. 49. de actionibus emti et venditi.

aa) Verbindlichkeiten des Verkäufers. §. 633.

Ueber den Umfang der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Herausgabe der *commoda rei* siehe insbes. Jhering Abhandl. Nr. 1. („In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?").

Ulp. l. 11. §. 2. h. t.: Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, *id est tradere;* quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos venditoris facere cogitur. Vgl. l. 30. §. 1. eod.: — — verum est, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat — —; l. 25. §. 1. de contr. emt. (18, 1): Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.

bb) Verbindlichkeiten des Käufers. §. 634.

c) Von dem Uebergang des periculum auf den Käufer. §. 635.

Dig. XVIII. 6, Cod. IV. 48. de periculo et commodo rei venditae. Vgl. oben §. 591.

Paul. l. 8. pr. h. t.: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio.

Anm. Die allgemeinen Grundsätze über das periculum bei dem Kaufvertrag, sowohl wenn er pure, als auch, wenn er unter einer Bedingung abgeschlossen ist, sind schon früher dargestellt worden, vgl. oben §. 591 Anm. S. 232 fgg. S. 238 fgg. Hier bleiben noch einige spezielle Punkte zu erörtern übrig.

I. Wenn ein Kauf nach Maaß, Zahl oder Gewicht abgeschlossen wird (vgl. *Gensler*, de emt. vend. quae fit ad mensur. adnumerat. pondusve, vel ad gustum. Jen. 1814, auch übersetzt in Barth's Dissertt. Samml. Bd. I. S. 157 fgg., — Glück XVII. S. 168 fgg.), so versteht sich zunächst soviel ganz von selbst, daß, wenn ein genus oder eine Quantität ohne alle nähere Individualisirung Gegenstand des Handels ist, von einem Uebergang der Gefahr auf den Käufer schlechthin nur dann die Rede sein kann, wenn bereits eine gehörige Ausscheidung erfolgt ist, wie z. B. wenn Jemand 10 Stück gesunder Schaafe, das Stück zu so und so viel, oder wenn er 100 Scheffel Korn, den Scheffel zu einem bestimmten Preise erhandelt hat. Wenn aber das genus oder die Quantität näher individualisirt sind, also z. B. Schaafe einer bestimmten Heerde, Wein eines bestimmten Fasses, Korn von einem bestimmten Speicher u. dgl. Gegenstand des Handels sind, so kann dies:

1) so vorkommen, daß das Objekt völlig bestimmt und abgegrenzt ist, wenn nämlich die ganze bestimmt abgegrenzte Menge, z. B. die ganze Heerde, das ganze Faß Wein, der ganze Kornhaufen, erkauft wird. Wird hier auch ein Preis in Bausch und Bogen (per aversionem) für das Ganze festgesetzt, so ist ein gewöhnliches Kaufgeschäft vorhanden, und die Gefahr geht alsbald auf den Käufer über, l. 35. §. 5. de contr. emt. (18, 1):

Gai. „In his, quae pondere, numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut, simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. *Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus*";

vgl. auch l. 1. §. 1. fin., l. 4. §. 1. h. t., l. 2. C. h. t. Soll aber in solchem Falle der Preis noch erst durch das Maaß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden, so wird dies nach der in den Pandekten rezipirten Ansicht als ein unter der Bedingung des Zumessens u. s. w. abgeschlossenes Kaufgeschäft betrachtet, und es hat demnach noch fortwährend der Verkäufer bis zur Erfüllung der Bedingung die Gefahr zu tragen, vgl. l. 35. §. 5. cit., wo Gaius unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici, quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. (§. 6.) Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus".

Wenn umgekehrt manche ältere und neuere Juristen (vgl. z. B. die bei Glück XVII. S. 172 fgg. Angeff., und unter den Neueren Kritz a. a. O. S. 72 fgg.) annehmen, daß, wenn das Ganze verkauft sei, die Gefahr sogleich auf den Käufer übergehe, eben weil hier ja doch die Waare völlig bestimmt, und auch der Preis gewiß, wenn auch noch nicht bekannt sei: so würde sich für eine solche Ansicht aus allgemeinen Gründen allerdings Manches sagen lassen, aber mit den Gesetzen ist sie gewiß unvereinbar, denn die abgedruckte Stelle von dem Falle zu verstehen, wenn Wein, Oel u. dgl. ohne alle Individualisirung nach bestimmten Maaßen verkauft sei, ist m. E. dem ganzen Zusammenhang nach unmöglich, und namentlich widerspricht dieser Auffassung auf das Entschiedenste der §. 6,

der schlechterdings nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn eine bestimmte ganze Heerde, das Stück zu so und so viel, gekauft worden ist. Für diese Ansicht kann auch nicht l. 10. §. 1. h. t.:

Ulp. „In libro VII. Dig. Juliani Scaevola notat: Fundi nomine emtor agere non potest, quum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit“

angeführt werden, denn nichts nöthigt uns, hier einen Kauf zu suppeniren, wobei das Pretium noch erst durch die Zahl der abzumessenden Morgen ermittelt werden soll, sondern gewiß ist hier ein Fall entschieden, wenn ein Landgut zu einem bestimmten Preise erkauft, der Verkäufer aber eine gewisse Zahl Morgen zugesichert hatte. Selbst aber, wenn man hier ohne alle Noth eine venditio ad mensuram unterstellen wollte, so würde doch die Stelle nur sagen, daß der Käufer nicht wegen des Interesse klagen könne, aber nicht auch, daß er das Pretium für die untergegangenen Morgen zahlen müsse. Vgl. auch die Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 465. und bei Glück a. a. O. S. 174 fgg.

2) Es kann aber auch ein Kauf nach Maaß, Zahl oder Gewicht so abgeschlossen werden, daß zwar das Pretium sogleich fest bestimmt ist, aber das Abmessen u. s. w. erforderlich wird, um die Waare zu individualisiren; z. B. es kauft Jemand von einem bestimmten größeren Weinvorrathe 10 Anker, den Anker zu so und so viel, oder, was in solchen Fällen augenscheinlich gleich ist, die 10 Anker zusammen zu einem bestimmten Preise: und auch für solche Fälle gilt gleichmäßig die Regel, daß die Gefahr erst mit der gehörigen Ausscheidung der erkauften Quantität auf den Käufer übergeht, l. 35. §. 7. de contr. emt.

„Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulos eos“,

l. 5. h. t. —

Im Allgemeinen kommen hierbei noch folgende Punkte in Betracht:

1) Es ist bestritten, ob in den vorher betrachteten Fällen blos das periculum interitus, oder ob auch das periculum deteriorationis bei dem Verkäufer bleibe? Nach den Grundsätzen über bedingte Kaufgeschäfte würde das Erstre angenommen werden müssen, aber die Quellen entscheiden für das Letztre; vgl. bes. l. 2. C. h. t.

Alexander Juliano. „Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta

etiam tunc venditione, *periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit*", denn daß hier der Fall entschieden ist, wenn ein bestimmter Weinvorrath ad mensuram gekauft ist, kann namentlich wegen des Zusammenhangs mit der zweiten Hälfte der Stelle, wo vom Kaufe eines Weinvorraths per aversionem die Rede ist, nicht füglich bezweifelt werden, vgl. auch l. 35. §. 7. de contr. emt. („*omne* periculum ad venditorem pertinere"), l. 5. h. t. („*omne* periculum venditoris est"). Doch sind nicht Wenige a. M., und unter den Neueren haben sich namentlich Thöl, Handelsr. §. 75. und Mommsen, Beiträge I. S. 342. für die Unterscheidung des periculum interitus und deteriorationis ausgesprochen. Der Erstre nimmt aber a. a. O. Not. 5. merkwürdiger Weise auf die erste oben abgedruckte Hälfte der l. 2. cit., die m. E. ganz direkt die Frage entscheidet, gar keine Rücksicht, sondern beschränkt sich darauf, ein mögliches argumentum a contrario aus der zweiten Hälfte zu beseitigen, und Mommsen cit. kann die Beweiskraft der l. 2. cit. nur durch die nicht blos willkürliche, sondern m. E. mit den Worten des Gesetzes ganz unvereinbare Supposition beseitigen, daß sie „ohne Zweifel" auf einen Fall zu beziehen sei, in welchem Jemand aus einem größeren Weinvorrath eine kleinere Quantität gekauft habe, und dann vor der Ausscheidung nur ein Theil jenes Vorraths verdorben, ein andrer Theil aber noch unverdorben sei!

2) Obwohl noch das gesammte periculum bei dem Verkäufer ist, so muß dieser doch auch außerdem noch *custodiam* prästiren, l. 1. §. 1, l. 2. §. 1. h. t. Wenn Manche hierin einen innern Widerspruch finden wollen, so ist dies augenscheinlich unbegründet, indem die Bedeutung jenes Satzes einfach die ist, daß, wenn durch die Schuld des Verkäufers die Verschlechterung oder der Untergang erfolgt, derselbe nicht nur, wie in dem Falle zufälligen Unglücks, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, sondern auch dem Käufer zur Prästation des Interesse verpflichtet ist.

3) Es ist oben bemerkt worden, daß bis zu gehöriger Ausscheidung, bis zu erfolgter Abmessung u. dgl. die Gefahr bei dem Verkäufer bleibe. Daß zu dieser gehörigen Ausscheidung nicht gerade Tradition erforderlich ist, versteht sich von selbst, da es bei dem Perikulum überhaupt nicht auf Tradition ankommt; aber eben so ist auch der Natur der Sache nach die blos einseitige Ausscheidung, Abmessung u. s. w. nicht hinreichend, und dies erkennen auch die Gesetze an, indem da durchgängig von einem *ad*numeratum, *ad*pensum, *ad*mensum die Rede ist, legg. citt., und von einer mora *emtoris* in mensura facienda gesprochen wird, l. 5. h. t., l. 2. C. h. t. Es ist also der Regel nach eine dem Käufer gegenüber

vorgenommene Zumessung oder Zuzählung nöthig, ohne daß jedoch dabei etwas auf die Anerkennung des Käufers ankäme, wenn nur die ausgeschiedene Spezies akkordmäßig ist, und wobei sich auch von selbst versteht, daß wenn der Käufer die Zumessung schuldvoll verhinderte, denselben die Folgen der Mora treffen, legg. citt. Uebrigens kann allerdings der Vertrag auch darauf gerichtet sein, daß die Ausscheidung einseitig von dem Verkäufer vorgenommen werden soll, z. B. wenn ich von einem auswärtigen Fabrikanten eine nach Maaß, Zahl oder Gewicht bestimmte Parthie von Waaren, die er mir zusenden soll, bestelle. Aber selbst in solchen Fällen genügt doch gewiß zum Uebergang des Perikulum das blose Faktum der Ausscheidung nicht; sondern es ist dabei noch weiter nöthig, daß dem Käufer von der geschehenen Ausscheidung Nachricht gegeben, und die ausgeschiedenen Sachen durch Angabe bestimmter Merkmale so individualisirt sind, daß dieselben dadurch den Charakter einer wieder erkennbaren Spezies erhalten haben. Vgl. auch Thöl, Handelsr. §. 74, Brinckmann, Handelsr. §. 73. S. 292.

II. Wenn ein Kauf auf Besicht oder auf Probe (ad gustum) abgeschlossen ist (vgl. *Gensler* cit., Glück XVII. S. 156 fgg., Cropp in Heise's und Cropp's jur. Abh. I. 12., Thöl, Handelsr. I. §. 71.), so muß

1) dies unzweifelhaft der Regel nach als ein Kauf unter einer Suspensiv-Bedingung aufgefaßt werden, obwohl freilich möglicher Weise auch eine Resolutiv-Bedingung beabsichtigt sein kann, Thöl a. a. O. (Wenn in dieser Beziehung Manche zwischen einem Kaufe „auf Besicht", und einem Kaufe „auf Probe" unterscheiden, und im erstren Falle eine suspensive, im zweiten eine resolutive Bedingung annehmen wollen, vgl. z. B. Puchta Lehrb. §. 360, Arndts, Lehrb. §. 301, Brinckmann, Handelsr. §. 84. 85: so dürfte diese Unterscheidung doch wohl den im Rechtsleben herrschenden Sprachgebrauch gegen sich haben, vgl. auch Thöl a. a. O. 3. Aufl. Note * und Note c.) Halten wir uns nun an den gewöhnlichen Fall, daß ein Kauf unter einer Suspensiv-Bedingung vorliegt, so ergibt sich hieraus von selbst, daß bis zu eingetretener Bedingung das periculum *interitus* bei dem Verkäufer bleibt. Da hier aber überdies der Eintritt der Bedingung ganz von der Willkür des Käufers abhängt — was zwar von Manchen, z. B. von Schöman, Handb. II. Nr. 4. S. 216. geleugnet wird, aber ohne allen Grund, vgl. *Gensler* cit. §. 7. not. p., Cropp a. a. O. S. 188. Not. 4. —, so versteht sich auch weiter von selbst, daß auch das periculum *deteriorationis* bei dem Verkäufer bleibt, indem ja der Käufer in solchem Falle nur einfach sein Nichtwollen zu erklären hat, l. 4. pr. §. 1. h. t., vgl. l. 17. §. 2. 4, l. 20. §. 2. de praescr. verb. (19, 5).

2) Wenn für die Besichtigung ein Termin festgesetzt ist, und dieser ist ohne Degustation vorüber gegangen, so ist soviel gewiß, daß wenn der Verkäufer die Schuld davon trägt, das gesammte periculum auch noch ferner bei demselben bleibt, l. 4. pr. h. t.:

> *Ulp.* „— — ego autem arbitror — — debere dici, emtionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est";

läßt aber umgekehrt der Käufer die festgesetzte Zeit ungenützt vorüber gehen, so behaupten zwar jetzt die Meisten, daß nun wegen dieser mora emtoris das ganze periculum auf diesen übergehe, vgl. z. B. *Gensler* cit. §. 10., Glück S. 161., Hasse, Kulpa S. 457., Cropp S. 199., Thöl S. 226. (3. Aufl. S. 302.), Unterholzner S. 254 u. A. m.; aber von einer Mora kann m. E. gar keine Rede sein, da der Käufer zur wirklichen Vornahme der Besichtigung gar nicht verpflichtet ist, denn eben so, wie er besichtigen und dann rein willkürlich den Handel verwerfen kann, darf er auch ohne alle Besichtigung von dem Handel abgehen, und in dem Vorübergehenlassen des Termins kann also gewiß nur ein Wegfall der Bedingung gefunden werden, so daß nun das ganze Geschäft als nicht abgeschlossen angesehen werden muß. Wenn jetzt Thöl a. a. O. Note 20. hiergegen einwendet, daß doch eine Mora des Käufers darin bestehe, daß er mit der Erklärung säumig sei, so ist dies schwerlich zutreffend, weil der Käufer auch zu einer ausdrücklichen Erklärung nicht mehr verpflichtet ist, indem in dem Vorübergehenlassen der gesetzten Frist schon thatsächlich die Erklärung liegt, daß er auf den Handel nicht eingehen wolle.

3) Wenn kein Termin für die Besichtigung festgesetzt ist, so kann der Käufer dieselbe vornehmen, wann er will, und bis er es gethan, hat der Verkäufer die ganze Gefahr zu tragen, l. 4. §. 1. h. t.:

> *Ulp.* „— — quare si dies degustationi adjectus non est, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit",

wobei sich nur von selbst versteht, daß dem Käufer auf Antrag des Verkäufers gerichtlich ein Termin zur Erklärung bestimmt werden darf, und man gestattet sogar dem Verkäufer, außergerichtlich eine Frist mit dem Präjudiz anzuberaumen, daß er sonst von dem Handel zurücktreten, und anderweit über die Waare verfügen werde, arg. l. 122. §. 3., l. 135. §. 2. de V. O. (45, 1), Glück S. 163., Cropp S. 198., Thöl a. a. O.

4) Wenn zwar die Besichtigung geschehen ist, aber der Käufer sich nicht erklärt hat, so glauben zwar Manche, daß jetzt die Bedingung des Vertrags, welche ja nur auf Besicht laute, erfüllt,

und der Käufer demnach jetzt vollständig gebunden sei, denn dieser habe sogleich nach Vornahme der Besichtigung, wenn er von dem Vertrage abgehen wolle, sein Mißfallen ausdrücken müssen: aber diese Ansicht ist sicher verwerflich, indem der wahre Sinn jener Bedingung doch offenbar nur der ist, „wenn der Käufer die Waare besichtigt, und er sich damit zufrieden erklärt hat". Fehlt also diese Erklärung, so ist noch Alles in suspenso, und der Fall ist praktisch ganz so zu behandeln, wie wenn auch noch keine Besichtigung vorgekommen wäre. Vgl. Cropp S. 200 fgg.

5) Manche behaupten, daß ein Kauf ad gustum stillschweigend dann abgeschlossen sei, wenn der Verkäufer bei Abschluß des Kaufs die Gefahr übernommen habe, ohne zugleich einen Termin festzusetzen; denn dann müsse man annehmen, er habe sich der Gefahr bis zur Degustation unterziehen, und also von dieser den Kauf abhängig machen wollen, vgl. z.B. Göschen, Vorles. §. 498. Daß diese Präsumtion in hohem Grade gewaltsam sein würde, leuchtet von selbst ein, und in der That wird sie auch durch die dafür angeführte l. 1. pr. h. t. nicht begründet. Ulpian sagt in dieser vielbesprochenen (vgl. Glück XVII. S. 159 fgg., *Schult. et Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 458.) Stelle so:

„Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emtoris erit damnum, quemamodum si vinum esset effusum vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit; quodsi non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quia tunc plenissime veneat, quum fuerit degustatum. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit".

Der einfache Sinn dieser Worte scheint mir der zu sein: Wenn der Verkäufer durch besondern Nebenvertrag versprochen hat, dafür einzustehen, daß der Wein nicht schlechter werde, und nun die Frage entsteht, wie lange dieses periculum *deteriorationis* bei dem Verkäufer bleibe, so versteht sich dann, wenn eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, die Beantwortung von selbst; ist aber keine Zeit bestimmt, so ist es das Natürlichste, daß das periculum dem Verkäufer dann abgenommen wird, wenn später eine Probe angestellt, und dabei der Wein nicht verschlechtert gefunden werden ist. Daß der Käufer bei dieser Probe noch willkürlich zurücktreten dürfe, davon sagt der Jurist nichts, und wir sind auch gewiß nicht befugt, dies in die Stelle

hinein zu tragen; die Degustation geschieht hier ja offenbar nur zu dem Zwecke, um zu konstatiren, ob der verkaufte Wein inzwischen nicht verdorben ist, und darüber kann nicht die Willkür des Käufers, sondern im bestrittenen Falle nur das Gutachten von Sachverständigen entscheiden.

Von dem bisher besprochenen Kauf auf Probe muß übrigens scharf der Kauf nach Probe unterschieden werden; dies ist eine pura emtio venditio mit einem dictum promissum, vgl. Gropp in seinen und Heise's Abh. I. 13, Thöl, Handelsr. §. 72, Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel II. S. 121 fgg., Hesse in Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 145 fgg., Brinckmann, Handelsr. §. 82, und es versteht sich darnach von selbst, daß sogleich mit dem Abschluß des Geschäfts die volle Gefahr auf den Käufer übergeht.

d) Von dem Verkauf durch Versteigerung. §. 636.

Cod. X. 3. de fide et jure hastae fiscalis et de adjectionibus. — *Seuffert* de auctione. Monach. 1854.

e) Von den vorzüglichsten Nebenverträgen bei dem Kaufgeschäft. §. 637.

Dig. XVIII. 1. [de contr. emt. et] de pactis inter emtorem et venditorem compositis; Cod. IV. 54. de pactis inter emtor. et venditorem compositis. Unterholzner II. S. 219 fgg., *Molitor* II. p. 142 sqq. — Dig. XVIII. 2. de in diem addictione. Glück XVI. S. 239 fgg. und die dort in Not. 5. Angeff. — Dig. XVIII. 3. de lege commissoria, Glück XVI. S. 271 fgg. und die dort in Not. 64. Angeff., Wolff. Mora S. 76 fgg. — Ueber das pactum de retrovendendo s. auch Strippelmann, Entsch. des O. A. G. zu Kassel VI. S. 255 fgg.

1) *Paul.* l. 1. de in diem addict.: In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat. — 2) *Idem* l. 2. §. 4. pro emtore (41, 4): Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat; alii et hanc

sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.

3) *Paul.* l. 2. §. 3. pro emtore (41, 4): Sabinus, si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — 4) *Ulp.* l. 1. de lege comm.: Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

B. Tauschvertrag. §. 638.

Dig. XIX. 4. de rerum permutatione, Cod. IV. 64. de rer. permutatione et de praescriptis verbis actione. — Glück XVIII. S. 112 fgg., Unterholzner II. S. 300 fgg., Koch III. S. 682 fgg., *Molitor* II. p. 169 sqq.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emtor enim, nisi numos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius; sed quum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis. §. 1. Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. §. 2. Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione, mandato. §. 3. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. §. 4. Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed

ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.

2) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 2. C. h. t.: Permutationem re ipsa, utpote bona fide constitutam, sicut commemoras, vicem emtionis obtinere, non est juris incogniti.

C. Trödelvertrag. §. 639.

Dig. XIX. 3. de aestimatoria. — Glück XVIII. S. 61 fgg., Unterholzner II. S. 303 fgg., Koch III. S. 832 fgg., Chambon, Beiträge Bd. I. S. 1 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 1.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Aestimatio periculum facit ejus, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. — 2) *Idem* l. 5. §. 3. commodati (13, 6): Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestiturum recepit. — 3) *Idem* l. 17. §. 1. praescript. verb. (19, 5): Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor [? *Schilling* animadvv. critt. spec. I. p. 5. will *venditionem*, Huschke in G. Z. R. F. IV. S. 286 *venditum* lesen: das Natürlichste wäre unzweifelhaft: vendendum] rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. S. auch Mommsen, Beiträge I. S. 280 fgg.

2) Pacht- und Mieth-Verträge und damit verwandte Obligations-Verhältnisse.

A. Locatio conductio.

Inst. III. 24. [25] de locatione et conductione, Dig. XIX. 2. locati conducti, Cod. IV. 65. de locato et conducto. — Glück XVII. S. 263 fgg. und die dort in Not. 3. zahlreich Angeff., Kritz, Pandektenrecht Th. I. Bd. 2. S. 191 fgg., Hermann,

der Miethvertrag hauptsächlich in Beziehung auf Wohnungen. Dresden 1840, Weiske's Rechtslex. VII. S. 735 fgg. — Unterholzner II. S. 316 fgg., Koch III. S. 729 fgg., *Molitor.* II. p. 175 sqq.

aa) Locatio conductio rerum.

a) Begriff und Erfordernisse. §. 640.

1) *Gai.* l. 2. pr. h. t.: Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit; nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. — 2) *Paul.* l. 1. h. t.: Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio.

3) *Gai.* l. 25. §. 6. h. t.: — — Apparet autem, de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. — Cf. l. 8. 21. C. h. t., l. 8. C. de pact. (2, 3), Glück XVII. S. 331 fgg., Gesterding, Nachforsch. Bd. IV. Abth. 1. S. 141 fgg.

bb) Verbindlichkeiten der Kontrahenten.

aaa) Verbindlichkeiten des Vermiethers. §. 641.

1) *Ulp.* l. 9. pr. h. t.: Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem. Vgl. Müller, Eviktion I. S. 123 fgg.

2) *African.* l. 33. h. t.: Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus ei praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis, nam et si vendideris mihi fundum, isque,

priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim; nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne is faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem, aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis [l. 34. Gai.] perinde ac latronum incursu id acciderit. [l. 35. Afric.]. Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

3) *Ulp.* l. 19. §. 1. h. t.: Si quis dolia vitiosa ignorans locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata, et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.

Anm. 1. Der allgemeine Grundsatz, daß der Lokator dafür einzustehen hat, daß dem Konduktor die Benutzung der gepachteten Sache möglich sei („conductori frui, quod conduxit, licere"), führt von selbst zu dem weiteren Satze, daß, wenn ein fruchttragendes Grundstück verpachtet ist, und wegen außerordentlicher Ereignisse nur ein ge-

ringerer Fruchtertrag erzielt werden konnte, als mit Recht zu erwarten stand, der Verpachter sich eine verhältnißmäßige Verkürzung des Pachtgeldes gefallen lassen muß, vgl. l. 15. §. 2—7, l. 25. §. 6. h. t., l. 8. C. h. t., cap. 3. X. de loc. (3, 18), Glück XVII. S. 447 fgg. und die dort Angeff., Albert über Remissions-Entsagung d. Pachters. Halle 1821. S. 29. fgg., Schweppe in sein. jur. Magaz. H. 1. Nr. 4, Kritz a. a. O. S. 261 fgg., Sell im civ. Arch. XX. 8., Weiske's Rechtslex. VII. S. 776 fgg. Bei dieser remissio mercedis kommen aber besonders folgende Punkte in Betracht:

1) Vor allen Dingen werden hierbei außerordentliche Unglücksfälle („extra consuetudinem" l. 15. §. 2. h. t.), die der Pachter abzuwenden außer Stand war, vorausgesetzt („vis, cui resisti non potest" l. 15. §. 2. cit., „vis major" l. 25 §. 6. h. t.), und zwar gehören dahin nicht nur außergewöhnliche Naturereignisse (Ueberschwemmung, Hagelschlag, Sonnenbrand u. s. w.), sondern z. B. auch Beschädigungen im Kriege und bei räuberischen Ueberfällen, l. 15. §. 2. cit. Geht dagegen die Unergiebigkeit des Grundstücks aus der schlechten Lage oder sonstigen schlechten Beschaffenheit desselben hervor, wie z. B. bei Ufergrundstücken, bei denen es nach ihrer Lage etwas Gewöhnliches ist, unter Wasser gesetzt zu werden, oder bei Grundstücken mit schlechtem Erdreich, bei Weinbergen mit alten Weinstöcken u. dgl., so kann von einer remissio mercedis keine Rede sein.

2) Durch diese außergewöhnlichen Ereignisse muß die Perzeption der Früchte verhindert worden sein, denn wenn einmal die Perzeption geschehen, und damit das Eigenthum für den Pachter erworben ist, so ist von Seiten des Verpachters Alles geleistet, was ihm oblag, und es tritt der reine Grundsatz ein: damnum sentit dominus. Wenn Viele die Perzeption der Früchte erst dann für vollendet halten, wenn die Früchte eingescheuert, oder gar, wenn sie ausgedroschen und auf den Boden gebracht sind, vgl. die Nachweisungen bei Glück S. 458 fgg., so ist dies zwar gewiß irrig, aber es ist eine solche Meinung doch wenigstens begreiflich. Wenn aber Andere so weit gehen, daß sie den Verpachter auch für solche Unglücksfälle haften lassen wollen, welche die Früchte in der Zwischenzeit von der Erndte bis zur neuen Erndte treffen, weil erst dann die volle Perzeption angenommen werden könne, wenn dem Pachter genügende Zeit gelassen sei, die Früchte zu versilbern, und dadurch das Pachtgeld zu gewinnen, vgl. die Nachweisungen bei Glück S. 459, so beruht dies augenscheinlich auf einer so völlig verwerflichen Verrückung des juristischen Stadpunkts, daß eine Widerlegung überflüssig erscheint, vgl. z. B. dagegen Glück S. 460 fgg., Albert a. a. O. S. 37 fgg. u. A. m.

3) Der Schaden muß ein **beträchtlicher** sein, l. 25. §. 6. h. t.:

> *Gai:* „Vis major — — — non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est laesi fuerint fructus, alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur“.

Wann übrigens der Schaden als ein so bedeutender angesehen werden könne, daß deßhalb eine remissio mercedis gerechtfertigt sei, hängt von dem Ermessen des Richters ab, und die oft vertheidigte Meinung, daß dabei die Grundsätze über laesio enormis einen Anhaltspunkt abgeben müßten, ist ganz grundlos, indem auch nach der möglichst weiten Ausdehnung der l. 2. C. de resc. vendit. doch immer ein Schaden vorausgesetzt wird, welcher aus dem Kontrakte selbst, nicht aber aus einem nach Abschluß des Kontrakts eingetretenen casus hervorgeht; vgl. auch Glück S. 465 fgg.

4) Wenn die Pachtzeit mehrere Fruchtperioden umfaßt, so gilt die Regel, daß die sterilitas der einen mit der ubertas der andren kompensirt werden muß, l. 15. §. 4. h. t., l. 8. C. h. t. Geht das Mißjahr den guten Jahren vorher, so kann der Verpachter nachher unbedenklich das erlassene Pachtgeld nachfordern, selbst wenn er den Nachlaß unter dem Titel einer Schenkung bewilligt haben sollte. Folgt aber das Mißjahr den guten Jahren nach, und der Verpachter, statt die remissio mercedis zu verweigern, versteht sich dennoch zu einem Nachlaß, so steht ihm, wenn er den reichen Ertrag der früheren Jahre nicht gekannt hat, eine condictio zu, während im umgekehrten Falle er als Schenker angesehen werden muß, und also eine Nachforderung nicht Statt findet, l. 15. §. 4. cit.

5) Treffen die bisher angegebenen Voraussetzungen zusammen, so kann der Pachter nichts weiter, als eine verhältnißmäßige Verkürzung des Pachtgeldes verlangen, l. 15. §. 7. h. t.

> „Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata“.

Es muß also durch Sachverständige der regelmäßige Fruchtertrag festgestellt und damit der wirkliche, durch die Unglücksfälle verminderte Ertrag in Vergleich gebracht werden, und wie diese beiden zu einander sich verhalten, so verhält sich das vertragsmäßige Pachtgeld zu dem wirklich zu zahlenden. Setzen wir also z. B. der regelmäßige Ertrag beträgt 100 Scheffel, und es ist ein Pachtgeld von 30 bedungen; wenn hier nun wegen Hagelschlags nur 60 Scheffel geerndtet werden, so sagen wir einfach

$$100 : 60 = 30 : 18.$$

und es werden also jetzt Satt 30 nur 18 als Pachtgeld zu zahlen

sein. Wie hiernach die Rechnung zu stellen ist, wenn die ubertas früherer oder späterer Jahre mit der sterilitas des einen kompensirt werden soll, versteht sich von selbst. Vgl. auch v. Florencourt, Abhh. aus der jurist. und polit. Rechenkunst S. 250 fgg. Im Allgemeinen ist aber hier noch zu bemerken, daß die wegen des Unglücksfalls unnütz aufgewendeten Bestellungskosten immer dem Pachter verloren gehen, und also darauf bei der remissio mercedis schlechthin keine Rücksicht zu nehmen ist, l. 15. §. 2. 7. h. t.

6) Es kommt oft vor, daß ein Pachter ausdrücklich „auf alle Remission verzichtet", oder was gleichviel ist, „daß er alle Unglücksfälle übernimmt". Eine solche Klausel muß nun im Zweifel immer nur auf die in dem Obigen dargestellte remissio mercedis wegen solcher Unglücksfälle bezogen werden, welche die Früchte treffen, nicht aber auch auf den rechtlich ebenfalls begründeten Nachlaß wegen eines die verpachtete Sache selbst treffenden Unglücksfalls, und wenn also z. B. durch ein Erdbeben ein Acker ganz vernichtet würde u. dgl., so kann der Pachter dennoch Trotz jener Klausel einen Nachlaß begehren, vgl. bes. Albert a. a. O. S. 48 fgg. Dagegen ist die Behauptung vieler Praktiker, daß auch in einem solchen Verzicht die ganz ungewöhnlichen Zufalle, die s. g. casus insolitissimi nicht mit begriffen seien, völlig grundlos, Albert a. a. O. S. 66 fgg.

Anm. 2. Ob der Vermiether oder der Miether die Einquartirungs-Lasten zu tragen habe, ist sehr streitig, vgl. Glück XVII. S. 395 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Sweppe, ziv. Magaz. Heft I. Nr. 5, Unterholzner II. S. 336 Not. e., Koch III. S. 742 fgg., Kritz a. a. O. S. 246 fgg., Heymann a. a. O. §. 74 fgg. Gewiß muß man zwischen Kriegs- und Friedens-Zeiten unterscheiden. Im letzteren Falle sind die gewöhnliche Einquartirung und die damit gewöhnlich verbundenen kleineren Prästationen — (Holz, Licht, Salz und Pfeffer) — eine Real-, nicht eine Personal-Last, und sie gehen also, abgesehen von besonderen Verabredungen den Miether durchaus nichts an; vgl. auch l. 3. §. 14. de muner. (50, 4), l. 11. de vac. et exc. muner. (50, 5), l. 3. C. de mun. patr. (10, 41), l. 2. C. de metat. (12, 41). Im Kriege muß aber zwischen den, den Raum beengenden Einquartirungen und anderweiten Einquartirungs-Kosten und feindlichen Requisitionen unterschieden werden. In Betreff der erstren kann nach allgemeinen Grundsätzen der Miether theilweisen Nachlaß des Miethsgelds fordern, aber nicht auch in Betreff der anderweiten Kosten; denn diese sind freilich wohl auf Veranlassung der Miethe für den Miether entstanden, aber dafür kann begreiflich der Vermiether nicht einstehen. Uebrigens wäre es bei dergleichen Lasten gewiß das Billigste, wenn

überhaupt nicht der Einzelne, sondern der ganze Staat dieselben trüge, so daß der unmittelbar Gedrückte nur gleichsam einen Vorschuß leistete, der ihm nachher von dem Staate vergütet werden müßte; aber es versteht sich von selbst, daß es dazu einer besondren gesetzlichen Bestimmung bedürfte, und ohne eine solche der Grundsatz: casum sentit dominus in Anwendung kommen muß.

---

bbb) Verbindlichkeiten des Miethers. §. 642.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 25. C. h. t.: Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. Vgl. Weber, von Klagen und Einreden S. 85 fgg., Glück XVII. S. 497 fgg., Thon in der Gießer Zeitschr. I. 24, Unterholzner II. S. 340., Weiske's Rechtslex. VII. S. 784 fgg.

2) *Zeno* l. 33. [34.] C. h. t.: Conductores alienarum rerum, seu alienam cujuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam exspectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. Cf. l. 10. C. unde vi (8, 4).

cc) Beendigung der Miethe und interdictum de migrando. §. 643.

Dig. XLIII. 32. [31.] de migrando. — *Peschkau* de var. mod., quib. loc. cond. finitur. Lips. 1822.

1) *Antonin.* l. 3. C. de loc. et cond. (4, 65): Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere eam maluerit, aut tu male in re locata versatus es.

2) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi*

pro mercede ejus habitationis essent, sive ex his rebus esset, ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quominus solvatur, ita quominus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto. Vgl. Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIII. S. 206 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 19 fgg.

Anm. 1. Daß dann, wenn der Miethvertrag auf keine bestimmte Zeit abgeschlossen ist, der Vermiether sowohl, wie der Miether beliebig kündigen können, versteht sich eben so sehr von selbst, als daß der Regel nach dieses Kündigungs-Recht dann wegfällt, wenn eine bestimmte Zeit vertragsmäßig festgesetzt wurde. Doch gibt es von dieser letztren Regel einige Ausnahmen.

1) In einigen Fällen kann der Vermiether vor Ablauf der Miethzeit aufkündigen, vgl. Glück XVII. S. 373 fgg. und die dort zahlreich Angeff., *Peschkau* cit. p. 29 sqq., v. Buchholz, jur. Abhh. Nr. 24, Albert a. a. O. §. 80 fgg., und zwar ist dies der Fall:

a) wenn der Miether zwei Jahre lang mit dem Miethgeld in Rückstand geblieben ist, l. 54. §. 1, l. 56. h. t., Nov. 120. c. 8. cap. 3. X. de loc. (3, 18), und dagegen schützt auch ein pactum de non expellendo nicht, l. 54. §. 1. cit. Zahlt jedoch der Miether das vollständige Miethgeld, ehe noch gekündigt worden ist, so findet nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts eine purgatio morae Statt, cap. 3. X. cit. Bei Pächtern öffentlicher Gefälle brauchte nicht einmal zwei Jahre lang gewartet zu werden, l. 10. §. 1. de publican. (39, 4). Glück S. 382 fgg, *Peschkau* p. 30 sqq., Albert S. 109.

b) Wenn der Eigenthümer des vermietheten Hauses nachweisen kann, daß er dasselbe selbst nöthig habe, T. 1, und zwar muß gewiß eine nicht vorauszusehende Nothwendigkeit vorausgesetzt werden, vgl. auch cap. 3. X. cit.:

„Verum invito inquilino domum *inhabitare* vel reficere poteris, si necessitas, *quae tamen non imminebat locationis tempore*, id exposcat“.

Bei der augenscheinlichen Singularität dieser Bestimmung sind wir wohl schwerlich berechtigt, über den Fall des Gesetzes — vermiethete Häuser — hinaus zu gehen, obwohl hier doch die Ansichten sehr verschieden sind, vgl. Glück S. 374 fgg., *Peschkau* p. 37 sqq., Albert S. 106.

c) Wenn der Eigenthümer Bauten in dem Hause vornehmen

will, „si dominus corrigere eam maluerit“ T. 1. Hier ist jedoch zu unterscheiden. Sind die Bauten wirklich nothwendig, und diese Nothwendigkeit war zur Zeit der abgeschlossenen Miethe noch nicht sichtbar, so kann der Miether keinen Schadenersatz fordern, sondern es wird ihm nur das Miethgeld erlassen, während ihm ohnedies der Vermiether das volle Interesse ersetzen muß, l. 30. pr., l. 35. pr. h. t., cap. 3. X. cit. Vgl. auch v. Buchholtz a. a. O.

d) Endlich, wenn der Miether schlecht und kontraktswidrig mit der Sache umgeht, T. 1, l. 54. §. 1. h. t., Nov. 120. c. 8, cap. 3. X. cit., Albert S. 108.

2) Eben so kann auch der Miether in einigen Fällen vor Ablauf der bedungenen Zeit von dem Kontrakte abgehen, vgl. Glück XVII. S. 477 fgg. ibique citt., *Peschkau* cit. p. 47 sqq., und zwar kommt dies vor:

a) Wenn die Uebergabe der Sache bedeutend verzögert wird, l. 24. §. 4; l. 60. pr. h. t.

b) Wenn sich an der gemietheten Sache gleich Anfangs vorhandene oder erst später entstandene Mängel in solchem Umfange zeigen, daß dadurch der Gebrauch derselben beträchtlich vermindert oder erschwert wird, vorausgesetzt, daß ihnen nicht alsbald abgeholfen werden kann, oder doch von dem Vermiether nicht abgeholfen wird, z. B. wenn ganz schlecht gewordene Thüren oder Fenster vom Vermiether nicht reparirt werden, l. 25. §. 2. h. t., wenn der Vermiether bedeutende, den Miether beeinträchtigende Bauten in dem vermietheten Hause vornehmen läßt, l. 27. pr. h. t., wenn der Nachbar das Licht des Miethsmanns verbaut, l. 25. §. 2. cit. u. dgl. m. Daß hierher auch sehr beschwerlicher Rauch, eine Menge nicht leicht vertilgbaren Ungeziefers und ähnliche Unbequemlichkeiten mehr gehören, kann nicht bezweifelt werden; ob aber auch Gespenster hierher zu rechnen seien, ist eine Frage, die früher freilich sehr häufig ventilirt worden ist, vgl. z. B. *Romanus* de resc. contr. loc. cond. ob metum spectrorum. Lips. 1703, *Hamilton* (praes. *Thomasio*) de non resc. contr. cond. ob metum spectrorum. Hal. 1711, und die übrigen Nachweisungen bei Glück S. 480 fgg., die aber h. z. T. gar nicht mehr aufgeworfen werden sollte.

c) Endlich gehört hierher, wenn gegründete Furcht, z. B. vor Einsturz des Hauses, wegen heranziehender Truppen u. dgl. m. den Konduktor wegtreibt, l. 13. §. 7, l. 27. §. 1. h. t., l. 28. 33. de damno inf. (39, 2), Glück S. 479 fgg.

Anm. 2. Gewöhnlich lehrt man: Kauf bricht Miethe, und führt demgemäß als Beendigungsart der Miethe auf, wenn titulo singulari das Eigenthum der vermietheten Sache an einen Andren komme, oder ein mit dem Gebrauchsrecht des Miethers unverträgliches

dingliches Recht konstituirt werde. Dies ist aber wenigstens nicht richtig ausgedrückt. Soviel ist zwar gewiß, daß der neue Eigenthümer oder anderweit dinglich Berechtigte den Miether austreiben darf, l. 25. §. 1, l. 32. h. t., l. 59. §. 1. de usufr. (7, 1), l. 120. §. 2. de legat. I., l. 9. C. h. t. und dieses ist, ungeachtet der gewiß unbegründeten Einwendungen Dernburg's a. a. O. S. 4 fgg. die einzig wahre Bedeutung des angeführten Sprüchworts. Ferner ist es auch gewiß, daß der Miether nicht verpflichtet ist, mit dem neuen Eigenthümer das Miethverhältniß fortzusetzen, l. 32. h. t., und wenn Viele behaupten, daß dieß doch dann eine Ausnahme leide, wenn der Vermiether seine Rechte an den Singular-Successor zedirt habe, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 27 fgg. und die dort Angeff., Cropp in Heise's und Cropp's jur. Abh. Bd. II. Nr. 10. u. A. m., so ist dies schon darum nicht zu billigen, weil der Vermiether in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze zwar wohl seine actio locati, vgl. l. 53. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 58. pr. h. t., aber nicht auch sein ganzes, durch den Miethvertrag begründetes, aus Rechten und Verpflichtungen gemischtes Rechtsverhältniß auf einen Andren zediren kann, vgl. bes. Mühlenbruch, Zession S. 312 fgg.. Ebenso gewiß ist es aber auch endlich, daß die obligatio ex locatione et conductione zwischen dem ursprünglichen Vermiether und dem Miether noch immer unverrückt fortdauert, und es ist also:

1) der ursprüngliche Vermiether noch fortdauernd dem Miether das uti licere zu prästiren verpflichtet, was er dadurch bewerkstelligen kann, daß er deßfallsige Verträge mit seinem Successor abschließt, l. 25. §. 1. h. t. Hat er dies nicht gethan, oder wird ein solcher Vertrag — der natürlich nur ihm, nicht auch dem Miether Rechte gegen den Successor gibt — nicht erfüllt, so wird er von dem Miether mit der actio conducti belangt, und auf das ganze Interesse verurtheilt, l. 25. §. 1., l. 32. h. t. Bei fiskalischen Verkäufen wird ein solches Paktum mit dem Käufer als abgeschlossen präsumirt, l. 50. de jure fisci (49, 14).

2) Eben so ist aber auch, wenn der Vermiether noch fortwährend seiner Obliegenheit nachkommt, was ja eben vermittelst solcher Verträge geschehen kann, der Miether noch stets zur Prästation des Miethgeldes, also überhaupt zur Fortsetzung der Miethe verpflichtet, nur daß natürlich das Verhältniß stets als zwischen dem alten Vermiether und dem Miether fortbestehend angenommen werden muß. Hält man dieses Letztre fest, so leuchtet von selbst der völlige Ungrund der gewöhnlichen Lehre ein, daß im Falle eines Verkaufs der vermietheten Sache der Miether immer, und zwar selbst dann zurücktreten könne, wenn der Verkäufer mit dem Käufer Verträge

der bei Nr. 1. bemerkten Art abgeschlossen habe. Allerdings kann der Miether nicht gezwungen werden, das Miethverhältniß mit dem neuen Eigenthümer fortzusetzen, aber jedenfalls ist er verpflichtet, dasselbe mit seinem ursprünglichen Vermiether fortzusetzen, wenn dieser seiner Seits seine Verbindlichkeiten erfüllt, und es kann auch nicht im Mindesten etwas darauf ankommen, ob derselbe noch Eigenthümer ist, oder nicht.

Vgl. überhaupt über die mehr als nöthig bestrittene Parömie: Kauf bricht Miethe, Glück XVIII. S. 11 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts Bd. IV. Nr. 1, Gesterding, Ausbeute Bd. III. S. 215 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. II. S. 669 fgg., Weiske's Rechtslex. VII. S. 795 fgg., Dernburg, Abhandll. Nr. 1, *Molitor* II. p. 221 sqq.

---

dd) Relocatio. §. 644.

1) *Ulp.* l. 14. h. t.: Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique considerant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.

2) *Idem* l. 13. §. 11. h. t.: — — Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

Anm. Auf wie lange eine *relocatio tacita* anzunehmen sei, ist sehr bestritten, und zwar kommt dabei Alles auf die Auslegung der viel-

besprochenen l. 13. §. 11. h. t. (T. 2.) an, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XVII. S. 278 fgg. und bei Röder. Abhandll. Nr. 1. Was hier zunächst:

I. die relocatio tacita eines praedium rusticum anbelangt, so dauert dieselbe nach den ganz bestimmten Worten Ulpian's in l. 13. §. 11. cit. immer ein Jahr, mag die verflossene Pachtzeit auch viel länger gedauert haben. Wenn aber Viele die heutige Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf unsre Landgüter in Abrede stellen, weil wegen der bei uns üblichen Dreifelder-Wirthschaft die volle Benutzung eines Landguts den Ablauf mehrerer Jahre voraussetze, so ist dies gewiß ungehörig. Wäre freilich die Dreifelder-Wirthschaft so zu verstehen, daß das Landgut zwei Jahre lang nichts, oder nur ganz Unbedeutendes ertrüge, und die Haupterndte auf das dritte Jahr verspart würde, dann würde jener Einwand etwas Wahres haben. Da aber jede rationelle Kultur-Methode, und namentlich die Dreifelder-Wirthschaft vielmehr die Aufgabe hat, für jedes einzelne Jahr den höchst möglichen Ertrag zu gewinnen, und da also der Pachter auch nach der h. z. T. üblichen Art der Bewirthschaftung in jedem Jahre durchschnittlich den gleichen Nutzen zieht: so ist schlechthin kein Grund sichtbar, von der vorher bemerkten Bestimmung des römischen Rechts abzugehen. Dies ist um so gewisser, da die Römer bei dem Jahr für die relocatio tacita stehen bleiben, obwohl auch sie das System der Brache kannten, und namentlich die Zweifelder-Wirthschaft bei ihren Landgütern üblich war, vgl. die Nachweisungen bei *Alef*, de tac. rel. termino quoad praedia rustica. Heidelb. 1753, Schrader, Abhh. aus dem Zivilr. I. 2, Glück a. a. O. S. 279 fgg. In der neuesten Zeit ist diese richtigere Meinung auch ganz allgemein angenommen worden, vgl. z. B. die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 512. (cf. Braun's Erörtr. S. 778 fgg.), Seuffert §. 329, Valett §. 538, Schweppe §. 470, v. Wening §. 265. geg. E., Göschen §. 512, Roßhirt §. 446, Puchta, Vorles. zu §. 369, Sintenis II. S. 669, Schilling §. 307, Holzschuher II. S. 753, Unterholzner II. S. 324. Note f., Koch III. S. 736, Kritz I. 2. S. 227 fgg., Weiske's Rechtslex. VII. S. 751.

II. Ganz andre Grundsätze gelten bei der relocatio tacita eines praedium urbanum:

> „In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est".

Leider ist aber sowohl die Regel, als die der Regel beigefügte Ausnahme außerordentlich bestritten.

1) Was zunächst die Regel anbelangt, so haben sich über den Sinn der Worte: *prout quisque habitaverit*, drei Haupt-

meinungen gebildet. Die bei weitem meisten älteren und neueren Juristen nehmen an, daß darnach der Miether nur so lange verpflichtet sei, als er wirklich fortwohne, daß er also in jedem Augenblicke aufkündigen könne, vgl. z. B. Glück XVII. S. 284 fgg. und die dort in Note 59 und 60. Angeff., und sämmtliche vorher zitirten Lehr- und Handbücher mit Ausnahme von Valett und Holzschuher. Viele nehmen dagegen an, daß, wie die übrigen Bestimmungen des früheren Kontrakts, so auch die in demselben festgesetzte Miethzeit, sich bei der relocatio tacita wiederhole, daß also der Miether jetzt wieder eben so lange wohnen müsse, als er nach dem früheren Kontrakte schon gewohnt habe, vgl. z. B. die bei Glück Note 56. Angeff., und unter den Neueren besonders Röder in der zit. Abh. Einige endlich glauben, daß zwar bei der relocatio tacita sich allerdings nicht die ganze Miethzeit des früheren Kontrakts wiederhole, daß aber auch eben so wenig rein willkürliche Aufkündigung Statt finde, sondern daß vielmehr bei der stillschweigenden relocatio die Miethtermine des früheren Kontrakts beobachtet werden müßten, vgl. z. B. unter den Neueren bes. Herrestoff im ziv. Arch. III. 3, und im Wesentlichen auch Valett §. 538, Bucher, Recht d. Fordr. §. 69. S. 243, und Holzschuher a. a. O. S. 751. Setzen wir also, es hat Jemand zu Ostern ein Haus auf sechs Jahre in der Weise gemiethet, daß er jedes Vierteljahr, zu Johanni, Michaeli, Weihnachten und Ostern ein Miethgeld von 100 zu entrichten hat, und nach Ablauf der sechs Jahre bleibt er über Ostern hin in dem Hause wohnen: so kann er nach der ersten Meinung zu jeder beliebigen Zeit ausziehen, und bezahlt dann ein pro rata temporis zu berechnendes Miethgeld; nach der zweiten Meinung muß er jetzt von Neuem sechs volle Jahre wohnen, während er nach der dritten Ansicht immer ein weiteres Vierteljahr, also zunächst bis Johanni, und wenn er dies, ohne auszuziehen, hat vorübergehen lassen, bis Michaeli u. s. w. gebunden bleibt. Daß die letztre Ansicht recht natürlich und billig ist, soll nicht in Abrede gestellt werden, und wirklich ist sie vielfach durch lokales Gewohnheitsrecht sanktionirt worden, aber als gemeines Recht kann sie unmöglich angesehen werden, da sie m. E. unter keiner Voraussetzung mit den Worten unsres Gesetzes in Einklang gebracht werden kann. Es bleibt also nur die Wahl zwischen den beiden ersten Auslegungen, welche beide möglicher Weise mit den Worten des Gesetzes vereinigt werden können, von denen aber gewiß die erste, welche auch als die communis opinio angesehen werden kann, die weit überwiegenden sprachlichen und sachlichen Gründe für sich hat, so daß ich keinen Anstand nehme, mich unbedingt für dieselbe zu erklären. Daß es die natürlichste Deutung ist, die sich einem Jeden, welcher ohne vorgefaßte Meinung unsre Stelle lies't, zunächst gleichsam auf

dringt, kann gewiß nicht geleugnet werden, und ganz so fassen denn auch die Basiliken XX. l. 13. die kritischen Worte: prout habitaverit sowohl in dem Texte („ὑπὲρ ὅσον χρόνον μείνῃ τις") als in den Scholien dazu („ἐφ' ὅσον οἰκεῖ τις") auf. Dazu kommt aber folgender, wie ich glaube, ganz entscheidender innerer Grund. Hätte das römische Recht bei der relocatio tacita überhaupt auf die frühere Miethzeit Rücksicht nehmen wollen, so hätte dies, wenn nur irgend Konsequenz herrschen soll, nothwendig eben so gut bei praedia rustica, als bei praedia urbana geschehen müssen, und da dies bei den ersteren entschieden nicht der Fall ist (s. oben Nro. I), so kann es ohne arge Inkonsequenz auch nicht bei den letzteren angenommen werden. Sieht man aber von der Zeit des früheren Kontrakts ab, so bietet sich nur der einfache Grundsatz dar, daß die Zeit der relocatio tacita immer die möglichst kürzeste sein müsse, und unter dieser Voraussetzung rechtfertigt sich unsre Deutung der Worte prout habitaverit von selbst, und sie steht mit der Entscheidung über praedia rustica in vollster Harmonie, wenn man nur erwägt, daß, während bei den praedia urbana der volle Gebrauch in jedem Augenblicke möglich ist, bei den praedia rustica eine Benutzung in geringerer Zeit, als einem Jahre nicht geschehen kann.

2) Wo möglich noch bestrittener, als die Regel, ist die in den Worten: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est" enthaltene Ausnahme, und zwar sind darüber folgende fünf Hauptmeinungen aufgestellt worden. a) Viele Aeltere wollen darin finden, daß im Falle schriftlicher Abschließung des Miethvertrags überhaupt alle relocatio tacita ganz unzulässig sei, vgl. die bei Glück S. 390. und die bei Röder S. 23 fgg. Angeführten. b) Andre glauben, daß, wenn der Miethvertrag schriftlich abgeschlossen sei, die relocatio tacita eines praedium urbanum ganz wie die eines praedium rusticum zu behandeln sei, und also nur für ein Jahr gelte, vgl. *Pufendorf*, obss. jur. univ. tom. I. obs. 135, Thibaut, Syst. §. 512, Braun's Erörtr. S. 779. c) Eine dritte Meinung geht dahin, die bestrittenen Worte wollten nur sagen, daß wenn vertragsmäßig [in scriptis] eine gewisse Zeit der Miethe zusammengefaßt, d. h. als untheilbare Einheit für das Miethverhältniß festgestellt sei, der Vertrag bis zum jedesmaligen Ablauf dieser Zeit für erneuert angesehen werden müsse; und wenn also z. B. der Miethzins für die Zeit einer Woche, eines Monats u. s. w. festgesetzt, oder wenn vertragsmäßig bestimmt sei, daß der Miethzins vierteljährig oder halbjährig entrichtet werden solle: so müßten diese Zeiten auch bei der relocatio tacita eingehalten werden; vgl. Weiske's Rechtslex. VII. S. 749 fgg. d) Wieder Andre nehmen an, daß jene Worte von einem certum tempus *re*conductioni comprehensum zu ver-

stehen seien, und daß also immer die in den vorhergehenden Worten angegebene Regel Platz greifen müsse, wenn nicht in dem ersten Miethvertrage ausdrücklich der Fall der relocatio tacita vorgesehen, und für diesen Fall eine bestimmte Zeit festgesetzt sei, vgl. z. B. Glück S. 289 fgg. und die dort in Note 62. Angeff., Röder in der zit. Abh. S. 40 fgg., Göschen §. 512, Kritz a. a. O. S. 230 fgg., Puchta, Vorles. zu §. 369, *Molitor* II. p. 216. e) Die Meisten endlich verstehen jene Worte von dem Falle, wenn für die erste Miethe schriftlich eine bestimmte Zeit festgesetzt sei, und nehmen für diesen Fall dann an, daß dieselbe Miethzeit auch für die relocatio tacita angenommen werden müsse, vgl. z. B. die bei Glück Note 63 und 64. angeführten, und sämmtliche oben zitirten Lehr- und Handbücher, mit Ausnahme der als dissentirend schon genannten von Thibaut, Göschen und Kritz, s. auch Marezoll in der Gießer Zeitschr. III. S. 280. — Die erste unter diesen verschiedenen Auslegungen bedarf kaum einer besonderen Widerlegung, indem schon die Worte des Gesetzes deutlich genug aussprechen, daß da nicht von der Statthaftigkeit der relocatio tacita, sondern nur von der Zeit derselben die Rede ist; zudem ist aber auch das Resultat dieser Auslegung völlig ungenügend, indem wahrlich nicht wohl zu begreifen ist, warum im Falle einer schriftlichen Abfassung des Kontrakts keine stillschweigende Relokation statthaft sein soll, und selbst, wenn man mit manchen Vertheidigern dieser Ansicht die Justinianische l. 17. C. de fide instrument. hierher ziehen, und also eine Interpolation Tribonian's annehmen dürfte, so könnte daraus doch für die Unzulässigkeit der stillschweigenden Relokation nichts gefolgert werden. Was für ein andres Rechtsverhältniß, außer der relocatio tacita, sollte denn auch wohl angenommen werden, wenn nun doch wirklich einmal über die in dem schriftlichen Vertrage festgesetzte Zeit hinaus der Miether mit stillschweigender Einwilligung des Vermiethers in der Wohnung bleibt? Vgl. auch Glück a. a. O. S. 291. und Röder S. 23 fgg. — Eben so verwerflich ist ohne Zweifel auch die zweite oben angegebene Auslegung, indem dieselbe so gezwungen ist, und eine so gekünstelte Verschlingung der Sätze voraussetzt, daß nur ganz entscheidende innere Gründe — an denen es hier aber gänzlich fehlt — uns zu der Annahme derselben bestimmen könnten. Thibaut in Braun's Erörtr. a. a. O. sucht zwar dieselbe so zu begründen: „die l. 13. cit. stelle mit einem Gegensatze die praedia urbana den rusticis gegenüber, beschränke dies aber wieder für unsren Fall mit einem nisi, wo denn also der Gegensätze wegen wieder eben das gelten müsse, was bei praediis rusticis gelte". Das wahre Verhältniß ist aber vielmehr dieses: in dem ersten Passus unsrer Stelle wird eine Regel für die praedia

rustica aufgestellt; daran reiht sich dann eine zweite Regel für die praedia urbana, und von dieser zweiten Regel wird eine Ausnahme für den in den Worten: nisi in scriptis etc. angedeuteten Fall angegeben. Nach welchen Gesetzen der Logik wir nun aber berechtigt, oder gar verpflichtet sein sollen, diesen Ausnahmsfall von der zweiten Regel, unter die erste, für ganz andre Objekte bestimmte, Regel zu subsumiren, kann ich in der That nicht einsehen. Vgl. auch Röder S. 27 fgg. — Da nun auch die dritte der oben angeführten Ansichten, obwohl sie ein sehr verständiges Resultat geben würde, nur durch eine überaus gekünstelte und gesuchte Erklärung mit Ulpian's Worten in Einklang gebracht werden kann: so bleibt in der That nur die Wahl zwischen der vierten und fünften Auslegung, und die Entscheidung über den Vorzug der einen oder der andren ist nicht leicht. Die vierte, wornach eine für den Fall der relocatio zum Voraus bestimmte Zeit vorausgesetzt würde, hat augenscheinlich gute innere Gründe, die fünfte dagegen den einfachen Wortlaut des Gesetzes für sich. Da aber doch auch nach der letztren ein ganz verständiger Sinn entsteht, und Ulpian, wenn er gerade die Relokation im Auge gehabt hätte, sich unverantwortlich nachlässig ausgedrückt hätte, und da überdies unter der letztren Voraussetzung das „in scriptis" als ein völlig leerer und überflüssiger Zusatz erscheinen würde — indem offenbar auch eine mündliche Verabredung über die Dauer der relocatio ganz eben so, wie eine schriftliche respektirt werden müßte —, so glaube ich der fünften der oben angegebenen Interpretationen beistimmen zu müssen, wornach wir zu dem zwar singulären, aber nicht unverständigen Resultate gelangen, daß dann, wenn für die erste Miethe in einem schriftlichen Kontrakte eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, diese Zeit nach einer gesetzlichen Präsumtion auch für die relocatio tacita Geltung behalten soll, und mit diesem Resultate stimmen namentlich auch die Basiliken und die Scholien dazu vollständig überein.

b) Locatio conductio operarum und operis. §. 645.

Car. Aug. Haase, de opere locato et conducto Romanor. commentatio grammat. et histor. Lips. 1814, *Idem* de op. loc. et cond. commentatio jur. civ. Lips. 1814, Gesterding, Irrthümer Nr. 4. §. 2 fgg. S. 89 fgg., Weiske, theoret. prakt. Abhandl. Nr. 1, Weiske's Rechtslex. VII. S. 804 fgg. — Ueber das periculum bei der locatio operis s. noch insbes.

Buchholz in Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 1 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 364 fgg., III. S. 423 fgg., Windscheid in Heidelb. krit. Jahrbb. II. S. 139 fgg.

1) *Florentin.* l. 36. h. t.: Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

2) *Javolen.* l. 37. eod.: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

3) *Labeo* l. 62. eod.: Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

c) S. g. locatio irregularis. §. 646.

Alfenus l. 31. h. t.: In navem Saufeji quum complures frumentum confuderant, Saufejus uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat, quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annulli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeji, et recte datum. Quodsi separatim tabulis, aut aeronibus, aut in alia cupa

clausum uniuscujusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cujusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare; et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse judicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem ejus conditionem faceret, quam ceterorum. — Cf. *Bynkershoek*, observat. jur. rom. lib. VIII. c. 1—8, Glück XVII. S. 423 fgg., *Kellinghusen* ad leg. 31. D. locati. Jen. 1819, Sell im ziv. Arch. XXI. S. 319 fgg., Weiske's Rechtslex. VII. S. 828 fgg., Heimbach, Kreditum S. 426 fgg., Buchholtz in Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 8 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 283 fgg.

B. Contractus emphyteucarius. §. 647.

Cod. IV. 66. de jure emphyteutico. — Unterholzner II. S. 361 fgg.

§. 3. J. de loc. et cond. (3, 24): Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neqne ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur [cf. Gai. III. §. 145], lex Zenoniana [cf. l. 1. C. h. t.] lata est,

quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

C. Receptum der nautae, caupones und stabularii.

a) Allgemeine Grundsätze. §. 648.

Dig. IV. 9. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant, XLVII. 5. furti adversus nautas, caupones, stabularios. — *Peckii* comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pert. cum not. Vinnii. Amstel. 1668. p. 1 sqq., *Lauterbach*, de nautis, cauponib. et stabular. in Diss. acad. tom. III. no. 105, Glück VI. S. 106 fgg., Wolters, über die actio de recepto etc. Hamb. 1804, Zimmern, Syst. der röm. Noxalklagen §. 94 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 305 fgg., Unterholzner II. S. 732 fgg., Koch III. S. 826 fgg., Budbeus in Weiske's Rechtslex. IV. S. 440 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t. (4, 9): Ait Praetor: *Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* — 2) *Idem* l. 3. §. 1 eod.: Miratur [Pomponius], cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles, nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis major contigerit.

3) *Idem* l. 1. pr. furti adv. naut. (47, 5): In eos, qui naves, cauponas, stabulas exercebunt, si quid a quoquo eorum,

quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur, judicium datur, sive furtum ope, consilio exercitoris factum sit, sive eorum cujus, qui in ea nave navigandi causa esset. — Cf. §. 3. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5), l. 6. 7. nautae, caup. stabul. (4, 9), l. 5. §. ult. de O. et A. (44, 7).

Anm. 1. Was die Frage anbelangt, ob ein Gastwirth verpflichtet sei, die sich anmeldenden Gäste aufzunehmen, so kommen in unsren Quellen zwei verschiedene Aussprüche Ulpian's vor, die sich direkt zu widersprechen scheinen. Während nämlich derselbe in l. 1. §. 1. nautae, caup. (4, 9) sagt:

Ulp. libr. XIV. ad Edict.: „Maxima utilitas est hujus Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; ***nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant***, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus“,

spricht sich derselbe in l. un. §. ult. furti adv. naut. (47, 5) so aus:

Ulp. libr. XXXVIII. ad Edict.: „Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt, viatorum autem factum non praestat; namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, ***nec repellere potest iter agentes***, inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum praestare“.

Die Glosse und mit ihr viele Späteren wollen eine Vereinigung dieser Stellen dadurch herbeiführen, daß sie die erste Stelle von der Anlegung eines Gasthofs verstehen, wornach also Ulpian gesagt hätte: es hänge von der freien Wahl eines Jeden ab, ob er Gastwirth werden wolle, oder nicht (l. 1. cit.), sei er aber einmal Gastwirth, dann müsse er allerdings einen jeden Reisenden, der zu ihm komme, annehmen (l. un. cit.), vgl. z. B. Glück VI. S. 112. und die dort Angeff. Offenbar bedarf aber dieser, den Worten und dem ganzen Zusammenhang widersprechende Vereinigungs-Versuch eben so wenig einer besondren Widerlegung, als die ganz willkürliche Konjektur von *Noodt*, comm. ad Dig. lib. IV. tit. 9. init., welcher in l. 1. cit. Statt: ne *quem* recipiant lesen will: ne *quae* recipiant, und darauf dann die Distinktion baut, daß der Gastwirth zwar Personen, aber nicht auch ihre Sachen aufzunehmen verpflichtet sei; s. dagegen auch Basil. LIII. 1. fr. 1: „*ἐν*

αὐτοῖς δέ ἐστι μηδένα ὑποδέξασθαι". Dagegen will *Kaemmerer*, observatt. jur. civ. cap. 2. p. 117 sqq. dadurch helfen, daß er das *repellere* in der l. un. cit. nur von einem Wiederheraustreiben des einmal aufgenommenen Gastes versteht, so daß zwar die erste Aufnahme dem Gastwirthe frei stehe, aber nicht auch das Behalten: und wieder einen andren Weg schlägt Guyet im civ. Arch. XVII. S. 41 fgg. ein, indem er die l. un. cit. von solchen versteht, die nur *repentino hospitio*, die l. 1. cit. dagegen von denen, welche *habitandi causa* recipiuntur, s. auch Buddeus im Rechtsler. cit. S. 443 fgg. Mit größtem Rechte hat sich der neueste Schriftsteller über unsre Frage, v. Madai in der Gießer Zeitschr. XVIII. S. 376 fgg., gegen all' diese mißrathenen Vereinigungs-Versuche erklärt; er selbst kommt aber zu dem trostlosen Resultate, daß hier wirklich ein unauflöslicher Widerspruch vorliege, und Ulpian in der einen Stelle eine andre Meinung ausgesprochen habe, als in der andren; zum Glück seien aber, meint Madai, beide Aussprüche für uns nicht bindend, da Ulpian in beiden Stellen durch jene sich widersprechenden Sätze nur anderweite gesetzliche Bestimmungen habe rechtfertigen wollen, und solche blose Motive nicht als Gesetz betrachtet werden könnten. — Meines Erachtens ist in den beiden Stellen auch nicht der mindeste Widerspruch vorhanden, indem die Worte der l. un. cit.: nec repellere potest iter agentes gewiß nicht ein juristisches Verbot der Abweisung enthalten sollen, sondern Ulpian damit nur als etwas Faktisches den Satz aussprechen will, es sei für den Gastwirth unthunlich — es sei mit seinem Gewerbe nicht wohl vereinbar — Reisende abzuweisen, vgl. auch Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. III. S. 23 fgg, v. Schröter in Schunk's Jahrb. XI. S. 3 fgg., Puchta §. 314 Not. c., Sintenis II. 693. Anm. Wenn Madai a. a. O. S. 388. hiergegen einwendet, daß nach dieser Erklärung immer noch der schlimme Widerspruch bleibe, daß Ulpian in der einen Stelle für rechtlich erlaubt, was er in der andren für faktisch unmöglich erkläre, so sind hier die Antithesen künstlich auf die Spitze getrieben; erwägt man, daß hier nicht von etwas eigentlich Unmöglichem die Rede ist, also nicht von etwas, was der Gastwirth schlechterdings nicht thun kann, sondern nur von etwas, was er im Interesse seines Gewerbes nicht leicht thun wird, so verschwindet von selbst der gerügte schlimme Widerspruch. Ganz unbegründet scheint mir auch, was v. Madai a. a O. S. 378 fgg. gegen das Resultat unsrer Erklärung einwendet. Er sucht nämlich aus allgemeinen Gründen den Satz zu rechtfertigen, daß der Gastwirth allerdings zur Aufnahme der sich meldenden Reisenden verpflichtet sei, denn in der durch Anheften eines Schildes, durch Zeitungs-Annoncen u. dgl. geschehenen

öffentlichen Ankündigung, sei offenbar eine giltige Offerte enthalten, welche durch die blose Acceptation des Andern zu einem bindenden Vertrage werde, und da der Reisende durch die Einkehr in den Gasthof seine Acceptation erkläre, und damit den Vertrag zur Perfektion bringe, so sei der Gastwirth zu einer Zurückweisung nicht ferner berechtigt. Meines Erachtens liegt aber in solchen öffentlichen Ankündigungen eines Gastwirths nicht sowohl eine Offerte, als vielmehr nur eine Aufforderung zum Paziszirеn, nicht anders, wie dies bei solchen öffentlichen Ankündigungen eines Handwerkers, Kaufmanns u. dgl. der Fall ist, und zum wirklichen Abschluß des Vertrags gehört also immer noch der ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene Konsensus des Gastwirths.

Anm. 2. Die häufig gehörte Behauptung, daß h. z. T. von dem strengen Rechte gegen Gastwirthe keine Rede mehr sein könne, weil der Grund desselben, nämlich die ausgezeichnete Schlechtigkeit dieser Menschen bei den Römern, vgl. l. 1. §. 1, l. 3. §. 1. h. t. (4, 9), weggefallen sei, ist offenbar irrig, da ja richtiger Ansicht nach das Wegfallen des Grundes auf die Fortdauer des Gesetzes keinen Einfluß hat, und eine entgegengesetzte Gewohnheit sich so wenig annehmen läßt, daß man vielmehr häufig dieses Recht auch auf Posten, Frachtfuhrleute, Boten u. dgl. m. hat ausdehnen wollen. Diese Ausdehnung läßt sich freilich theoretisch eben so wenig rechtfertigen, denn offenbar sind die Bestimmungen des Prätorischen Edikts durchaus singulär, und so müßte man sich gegen eine analoge Ausdehnung derselben erklären, selbst wenn die Gründe ihrer Einführung auch ganz auf jene anderweiten Verhältnisse paßten, was doch keineswegs der Fall ist. Wenn man übrigens für die Zulässigkeit der Analogie sich auch noch insbesondre darauf zu berufen pflegt, daß ja die Römer selbst sich eine solche erlaubt hätten, indem sie das Edikt über die nautae auch auf die Floß- und Kahn-Führer ausgedehnt hätten, l. 1. §. 4. h. t. (4, 9):

Ulp. „De *exercitoribus ratium*, item *lintrariis* nihil cavetur, sed idem constitui oportere Labeo scribit, et hoc jure utimur“:

so muß dies, abgesehen von vielem Andren, schon darum für uns einflußlos bleiben, weil man in diesem Ausspruch nicht sowohl ein Beispiel analoger Ausdehnung, als vielmehr nur eine ausdehnende logische Interpretation finden kann. Vgl. übrigens über die verschiedenen Ansichten Glück VI. S. 126 fgg. und die dort zahlreich Angeff., *Mackeldey*, diss. quat. act. de recept. contra aurig. et curat. s. spedit. compet. merc. Helmst. 1806. (auch übersetzt in Barth's Dissertt.-Samml. I. S. 174 fgg.), Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten. Leipzig 1835.

b) Insbesondere von der lex Rhodia de jactu. §. 649.

Dig. XIV. 2. de lege Rhodia de jactu. — Glück XIV. S. 199 fgg. und die dort in Not. 18. zahlreich Angeff., *Schryver* sur la loi Rhodia de jactu. Brux. 1844. — Unterholzner II. S. 353 fgg., Koch III. S. 574 fgg., *Molitor* III. p. 163 sqq.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

2) *Idem* l. 2. pr. h. t.: Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, *ex locato* cum magistro navis agere debent, is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. — — At si non, et totam navem conduxerit, *ex conducto* aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt; aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Cf. Glück a. a. O. S. 227 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. III. p. 202 sqq. — 3) *Papinian.* l. 1. §. 1. de praescr. verb. (19, 5): Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit.

D. Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste. §. 650.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus, L. 14. de proxeneticis. — Unterholzner II. S. 372 fgg., Koch III. S. 134 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. Nr. 7, Schäffer in der Gießer Zeitschr. N. F. VII. 1.

1) *Gai.* l. 22. de praescript. verb. (19, 5): Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quodsi neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.

2) *Ulp.* l. 1. de extraord. cognit.: Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed *praeceptoribus* tantum *studiorum liberalium.* Liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant; *rhetores* continebuntur, *grammatici, geometrae.* §. 1. *Medicorum* quoque eadem causa est, quae professorum — —. §. 2. Sed et *obstetricem* audiant, quae utique medicinam exhibere videtur. §. 3. Medicos fortasse quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis, vel certi doloris sanitatem pollicentur, ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium; non tamen si incantavit, si imprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit; non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione affirment. §. 4. An et *philosophi* professorum numero sint? Et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere. §. 5. Proinde ne *juris* quidem *civilis professoribus* jus dicent; est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio numario non sit aestimanda, nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti efferri debuit; quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. §. 6. *Ludi* quoque *literarii magistris*, licet non sint professores, tamen usurpatum est, ut his quoque jus dicatur. Jam et *librariis*, et *notariis*, et *calculatoribus* sive *tabulariis.* §. 7. Sed ceterarum artium opificibus, sive artificibus, quae sunt extra literas vel notas positae, nequaquam extra ordinem jus dicere Praeses debebit. §. 8. Sed et si *comites* salarium petant, idem juris est, quod in professoribus placet — —. §. 10. In honorariis *advocatorum* ita versari judex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et judicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur — — —. §. 14. Ad *nutricia* quoque officium Praesidis vel Praetoris devenit; namque nutrices ob alimoniam infantium apud Praesides, quod sibi debetur, petunt. Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur, ceterum post haec cessant partes Praetoris vel Praesidis. §. 15. Haec omnia si apud Praesides petantur, videamus an de mutuis petitionibus possunt Praesides

cognoscere, et putem debere admitti. — 3) *Ulp.* l. 3. de proxenetic.: De *proxenetico*, quod et sordidum, solent Praesides cognoscere, sic tamen, ut et in his modus esse debeat et quantitatis, et negotii, in quo operula ista defuncti sunt, et ministerium qualequale accomodaverunt.

3) Schuldverhältnisse aus einer Genossenschaft.

A. Gesellschafts-Vertrag.

Inst. III. 25. [26] de societate; Dig. XVII. 2, Cod. IV. 37. pro socio. — Glück XV. S. 371 fgg. und die dort in Not. 21. Angeff., Unterholzner II. S. 378 fgg., Koch III. S. 519 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 23 fgg., *Molitor* II. p. 271 sqq. Vgl. auch Treitschke, die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft — — nach röm. Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. Leipzig 1844, Thöl, Handelsr. I. §. 34 fgg., Brinckmann, Lehrb. des Handelsr. I. §. 34 fgg.

a) Begriff und Erfordernisse. §. 651.

Gesterding, Irrthümer Abh. 9. Nr. 1. („Versuch, den Begriff der Sozietät auf's Reine zu bringen").

Anm. 1. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Sozietäts-Kontrakt durch Nebenverabredungen aller Art modifizirt werden kann, und namentlich kommen solche vielfach vor, um die Gewinn- und Verlust-Antheile der einzelnen Sozii näher zu bestimmen, vgl. bes. *Mayr*, de divisione bonor. societatis. Landsh. 1825. p. 73 sqq. Hierüber sind noch folgende Bestimmungen des römischen Rechts zu bemerken:

1) Die Verabredung, daß Einer der socii von dem Gewinn ganz ausgeschlossen sein, und dieser ausschließlich dem Andren zufallen solle, hebt den Begriff der Sozietät vollständig auf, und ein mit einer solchen Nebenverabredung begleitetes Geschäft kann also als Sozietät nicht zu Rechte bestehen, l. 29. §. 2. h. t.:

Ulp. „Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos

consentimus, *talem societatem nullam esse*, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret, iniquissimum enim genus est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet".

Ein solches Geschäft wurde auf Veranlassung einer bekannten Aesopischen Fabel (Phaedr. I. 5) societas *leonina* genannt (— über den witzigen Einfall von *Hoffmann*, Meletemat. ad Pand. XVI. 4, welcher *theonina* lesen will, arg. Horat. lib. I. ep. 18. v. 84, vgl. Glück a. a. O. S. 415. Not. 14. —), und der Grund, weßhalb es nicht als Sozietät betrachtet werden kann, liegt augenscheinlich in dem bekannten Satze, „*nulla societas est, quae donationis causa interponitur*", l. 32. §. 24. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), vgl. l. 5. §. 2. h. t., l. 16. §. 1. de minor. (4, 4), l. 35. §. 5. de mort. c. donat. (39, 6). Daß übrigens ein solcher Vertrag als Schenkung aufrecht erhalten werden kann, wenn eine solche beabsichtigt ist, und die übrigen Voraussetzungen derselben vorhanden sind, unterliegt keinem gegründeten Zweifel, obwohl dies doch nicht unbestritten ist, vgl. *Mayr* cit. §. 62. p. 107 sqq.

2) Die umgekehrte Verabredung, daß Einer der Sozii ganz frei sein soll von allem Schaden, ist dagegen völlig giltig, obwohl doch, wenn das Geschäft als reine Sozietät bestehen soll, der für den einen socius bedungene Vorzug wenigstens einiger Maaßen aufgewogen sein muß durch größere Dienstleistungen desselben, oder durch sonstige besondere Vortheile, die sein Beitritt für die Sozietät schafft, wie etwa durch seine größere Geschäfts-Erfahrung, seinen Kredit u. dgl. m., l. 29. §. 1. h. t.:

„Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat, quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus".

In jedem Falle ist aber ein solcher Vertrag nicht von jedem einzelnen Gewinne und jedem einzelnen Schaden aufzufassen, sondern unter Gewinn ist hier stets nur der Endgewinn, nach Abzug alles Schadens, und unter Schaden nur der endliche Schaden, nach Abzug alles Gewinns zu verstehen, §. 2. J. h. t.:

„Et adeo contra Q. Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucri esse*".

3) Auch der Nebenvertrag, daß der eine Gesellschafter einen größeren Antheil an dem Gewinne haben solle, als der andere, ist vollkommen giltig, obwohl auch hier, wenn von einer reinen Sozietät die Rede sein soll, vorausgesetzt wird, daß diese Ungleichheit in etwas aufgewogen werden muß durch größere Lasten, die der begünstigte Sozius auf sich nimmt, l. 29. pr. h. t.:

„Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? *Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cujusque alterius rei causa*".

Als eine solche größere Last, wodurch ein größerer Gewinn-Antheil gerechtfertigt wird, ist aber nicht blos ein größerer Beitrag anzusehen, sondern namentlich auch ein größeres Risiko, welches der eine socius übernimmt, und wenn derselbe also für den Fall, daß die Sozietät zu Verlust, Statt zu Gewinn käme, auch einen größeren Antheil am Verluste auf sich nähme, so würde schon dadurch allein der Vorbehalt eines großeren Gewinn-Antheils seine Rechtfertigung finden, §. 1. J. h. t.:

„— — Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri *et damni* pertineant, ad alium tertia".

Die oft gehörte Behauptung, daß Justinian und Ulpian sich insofern widersprächen, als der Erstere ganz allgemein erlaube, was der Letztere nur unter Limitationen gestattete („si modo aliquid" etc.), ist hiernach gewiß unbegründet, und wir haben nicht nöthig, in der Institutionen-Stelle etwas aus den Pandekten zu suppliren, wenn man nur auf die Worte *et damni* das gebührende Gewicht legt. Vgl. übrigens Glück S. 416 fgg., *Mayr* p. 74 sqq.

4) Es kann auch verabredet werden, daß ein Gesellschafter einen andren Antheil am Gewinn und einen andren am Verlust haben solle, z. B. A. und B. schließen einen Gesellschafts-Vertrag in der Art ab, daß auf A. ⅔ des etwaigen Gewinns und nur ⅓ des etwaigen Verlusts, an B. dagegen nur ⅓ des Gewinns und ⅔ des Schadens fallen sollen. Ueber diesen Vertrag finden sich zwei Stellen, die sich zu widersprechen scheinen, und zu deren Vereinigung die allerverschiedenartigsten Versuche gemacht worden sind, vgl. darüber die Nachweisungen bei Glück S. 418 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 30. pro soc., tom. III. p. 375 sqq., *Mayr* cit. p. 83 sqq. Der §. 2. J. h. t. lautet so:

„De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Sejus inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an

31*

rata debeat haberi conventio? Q. Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia praevaluit, contra sensit, quia saepe quorandam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti".

Dagegen spricht sich Paulus in l. 30. h. t. über unsren Fall so aus:

„Mucius libr. XIV. scribit; non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur".

Während also nach der erstren Stelle Servius die Meinung des Q. Mucius verworfen haben soll, scheint er nach der zweiten dieselbe geradezu gebilligt zu haben („nec posse societatem ita contrahi"). Ueber die mancherlei, m. E. gänzlich verunglückten Emendations-Versuche, sind die vorher angeführten Schriftsteller zu vergleichen: ich für meinen Theil halte jede Textes-Veränderung für völlig unnöthig und verwerflich, indem nach einer richtigen Auslegung der l. 30. cit. diese Stelle mit den Institutionen vollkommen übereinstimmt. Mucius hatte den Satz aufgestellt, eine Sozietät könne nicht so eingegangen werden, daß auf einen Sozius ein andrer Antheil des Schadens, und ein andrer des Gewinns fallen solle. Diesen Satz bespricht Servius, und zwar ist sein Gedankengang einfach der: „Wenn man diesen Satz des Mucius streng buchstäblich nimmt, so ist er allerdings begründet, und eine solche Sozietät kann wirklich nicht eingegangen werden, indem bei einer Sozietät von Gewinn und Verlust nicht die Rede sein kann, sondern immer nur von Gewinn oder Verlust, denn ein Sozietäts-Gewinn ist richtigen Begriffen nach nur dann vorhanden, wenn nach Abzug alles Schadens noch ein Gewinn übrig bleibt, und ein Verlust ist nur dann da, wenn nach Abzug alles Gewinns noch ein Schaden restirt; daß also nicht derselbe Sozius zugleich einen andren Antheil am Gewinn, und einen andren am Schaden haben könne, ist völlig wahr. Hat aber Mucius mit jenem Satze sagen wollen — und gewiß ist dies seine wahre Meinung gewesen —, es könne eine Sozietät auch nicht so eingegangen werden, daß ein Sozius einen andren Antheil am Gewinn haben solle, wenn die Sozietät in ihrem endlichen Resultate zu Gewinn führe, als am Schaden, wenn umgekehrt die Sozietät in ihrem schließlichen Ergebniß als

eine Schaden bringende erscheine: so ist dies sicher irrig, indem einer solchen Sozietät, bei welcher ein andrer Antheil am etwaigen Endgewinn, und ein andrer am etwaigen endlichen Verlust festgesetzt wird, kein gegründetes Bedenken entgegengestellt werden kann". Offenbar ist hiernach Servius, wenn er auch scheinbar dem Satze des Mucius eine wahre Seite abzugewinnen weiß, doch in der That ein entschiedener Gegner desselben, und Gaius (III. 149.) und Justinian in §. 2. J. cit. waren vollkommen berechtigt, zu sagen, daß Servius die Meinung des Mucius verworfen habe. — Uebrigens versteht sich auch hier von selbst, daß, wenn ein solcher Vertrag als reine Sozietät erscheinen soll, die ungleiche Vertheilung auch einiger Maaßen durch Uebernahme ungleicher Lasten gerechtfertigt sein muß, und sehr bestimmt deutet darauf Justinian hin in den Worten; quia saepe etc.

5) Noch mag hier die gesetzliche Interpretations-Regel bemerkt werden, daß wenn in dem Vertrage blos über die Gewinn-Antheile Bestimmung getroffen ist, dasselbe Verhältniß auch für den Verlust angenommen werden muß, und umgekehrt, so daß also z. B. wenn der Vertrag lautet, daß der Sozius A. ⅔, der Sozius B. aber ⅓ des Gewinns haben soll, und Statt des gehofften Gewinns die Sozietät zu Schaden kommt, der A. auch ⅔ des Schadens, der B. aber nur ⅓ desselben zu übernehmen braucht, Gai. III. 150, §. 3. J. h. t.

6) Endlich kann es auch vorkommen, daß die Festsetzung der Gewinn- und Verlust-Antheile dem Arbitrium eines der socii selbst (l. 6. h. t.), oder eines Dritten (l. 76—80. h. t.) überlassen wird, und in beiden Fällen gilt die Regel, daß hier ein arbitrium boni viri angenommen werden muß, „unde, si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei" legg. citt.

Anm. 2. Ob bei einer Erwerbs-Gesellschaft — bei welcher allein Zweifel entstehen können — in Ermangelung einer besondren Verabredung, die von den einzelnen sociis konferirten Sachen zu res communes werden, ob also eine s. g. societas quoad sortem Platz greife, oder ob die Sachen vielmehr nur als quoad usum konferirt anzusehen seien, ist auch noch h. z. T. sehr bestritten, vgl. Glück XV. S. 397 fgg., Gesterding, Irrthümer S. 291 fgg., Guyet, Abhandlungen Nr. 9. S. 227 fgg., *Mayr*, de divisione bonor. societ. p. 19 sqq. M. E. muß hier zwischen verschiedenen Arten von Sachen unterschieden werden. Wenn nämlich

1) die der Sozietät konferirten Sachen unverbrauchbar und unvertretbar sind, so muß, wenn nicht ausdrücklich der Vertrag auf gemeinsames Haben der Sachen gerichtet ist, gewiß nur

eine societas quoad usum angenommen werden. Da nämlich solche Sachen auch von Dritten, unbeschadet des Eigenthumsrechts, gebraucht und benutzt werden können, so erfordert der Zweck der Sozietät gar keine Aufgebung des Eigenthums, und eben darum kann auch für eine solche nicht präsumirt werden. Wenn also z. B. Jemand bei Eingehung einer Sozietät sein Haus herzugeben verspricht, um darin das gemeinsame Waarenlager zu halten, oder das Fabrikgeschäft zu betreiben u. dgl., so ist durchaus kein Grund ersichtlich, weßhalb hier das Haus auch quoad dominium an die übrigen Gesellschafter fallen solle, und selbst dann kann dies nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift nicht angenommen werden, wenn die Sozii ihre Sachen zum Zweck vortheilhafteren Verkaufs zusammen bringen. So wird z. B. in l. 58. pr. h. t. unbedenklich eine blose societas quoad usum angenommen, wenn A. drei, B. ein Pferd hat, und eine Sozietät unter ihnen zu dem Zwecke abgeschlossen wird, um die vier Pferde als Viergespann vortheilhafter verkaufen zu können. Ist nun aber in solchen Fällen nur eine societas quoad usum anzunehmen, so versteht es sich ganz von selbst, daß nach Aufhebung der Sozietät der Sozius gerade die von ihm eingeworfenen Sachen wieder zurückverlangt — denn er hat ja niemals aufgehört, Eigenthümer zu sein —, und auch das ist unzweifelhaft, daß, wenn eine solche Sache durch Zufall beschädigt oder vernichtet wird, der Schaden nur ihn allein treffen kann, vgl. bes. l. 58. pr. cit.:

Ulp. „Si id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum libr. VII, Dig. ad epistolam Cornelii Felicis: Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coivimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus".

Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob auch von Seiten der übrigen socii eben solche Sachen in die Sozietät konferirt werden, oder ob diese etwa nur zu Dienstleistungen sich verpflichtet haben, und so ist also z. B. eine societas quoad usum auch dann anzunehmen, wenn der Eine ein Sklavenkind dem Andren zur Erziehung gibt, um dann nachher den Erlös unter sich zu theilen, l. 13. §. 1. praescript. verb. (19, 5):

Ulp. „Julianus libro XI. Dig. scribit, si tibi areae meae

dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos veniisset, pretium inter nos communicaretur: abhorrere haec ab area eo, *quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit*";

vgl. auch l. 52. §. 2. h. t.

2) Wenn aber die konferirten Sachen **vertretbar** oder **verbrauchbar** sind, so muß umgekehrt eine societas *quoad sortem* angenommen werden. Da nämlich solche Sachen nicht anders gebraucht werden können, als mit Vernichtung des bisher daran bestehenden Eigenthumsrechts, und die Gebrauchs-Ueberlassung also nothwendig eine Eigenthums-Ueberlassung involvirt. die Einwerfung in die Sozietät aber eben zu dem Zwecke geschieht, um der Sozietät — also sämmtlichen sociis — den Gebrauch zu überlassen, so ergibt sich daraus unser Satz von selbst, und namentlich findet derselbe seine hauptsächlichste und häufigste Anwendung dann, wenn die Sozietäts-Beiträge in **Geld** bestehen. Hieraus folgt aber von selbst, daß, wenn die von einem Sozius konferirten Gelder durch Zufall verloren gehen, der Schaden nicht ihn allein, sondern die Sozietät trifft, und wenn also z. B. zwei Kaufleute, Jeder 1000 Thaler, zusammen schießen, um gemeinschaftlich ein Geschäft zu machen, und das von dem Einen gegebene Geldpacket geht, etwa auf der zum Zwecke des Waareneinkaufs unternommenen Seereise, zufällig zu Grunde, so behält derselbe nichts desto weniger seinen Sozietäts-Antheil, und wenn das mit den übriggebliebenen 1000 Thalern abgeschlossene Geschäft einen Gewinn von 1000 abwirft, so werden die nach Auflösung der Gesellschaft vorhandenen 2000 unter die beiden socii gleichheitlich vertheilt, ganz eben so, wie wenn wirklich die vollen, von beiden Gesellschaftern konferirten 2000 zu dem Geschäft verwandt, dasselbe aber ohne den gehofften Gewinn geblieben wäre, l. 58. §. 1. h. t.:

Ulp. „Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, utputa si pecunia, quum peregre portaretur ad mercem emendam, periit; si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit".

Von selbst versteht sich übrigens, daß, ungeachtet der durch die

Einwerfung begründeten Eigenthums-Gemeinschaft, doch nach Auflösung der Sozietät die eingelegten Gelder in demselben Verhältniß restituirt werden müssen, wie sie eingelegt wurden, und dies zwar selbst dann, wenn etwa bei ungleichen Einlagen doch gleiche Antheile an Gewinn und Verlust verabredet worden sind. Gesetzt, A. und B. schließen eine Sozietät so ab, daß der Erstere 1000, der Zweite 2000 beitragen, Gewinn und Verlust aber dennoch gleich sein sollen; die 2000 des B. gehen verloren, mit den übrigen 1000 werden aber 3000 gewonnen, so daß bei Auflösung der Sozietät 4000 vorhanden sind. Diese 4000 müssen so vertheilt werden, daß der A. 1500, der B. aber 2500 davon erhält, denn da das ursprüngliche Sozietäts-Vermögen 3000 betrug, so ist nur ein Gewinn von 1000 vorhanden, und nur dieser ist gleichheitlich zu vertheilen, während die ursprünglichen Fonds nach denselben Raten, wie sie gegeben wurden, auch wieder zu restituiren sind. Wenn also in dem gegebenen Beispiele mit den übrig gebliebenen 1000 nur 2000 gewonnen wären, so hätte die Sozietät weder Verlust noch Schaden, und die am Ende vorhandenen 3000 fallen zu ⅓ an den A. und zu ⅔ an den B. Wären aber nur 1000 gewonnen, so hat die Sozietät einen Verlust von 1000, und dieser muß zur Hälfte von A., zur andern Hälfte von B. getragen werden, so daß von den vorhandenen 2000 der A. nur 500, der B. aber 1500 erhält; und wäre endlich das mit den übrig gebliebenen 1000 unternommene Geschäft ganz ohne Gewinn geblieben, so hätte die Sozietät 2000 verloren, wozu Jeder der beiden socii 1000 beitragen muß, so daß A. von den übrig gebliebenen 1000 nichts erhält, sondern diese blos an den B. fallen. — Ganz dieselben Grundsätze gelten auch in dem besonders bestrittenen (vgl. Glück XV. S. 397 fgg., *Mayr* cit. p. 32. sqq. und die hier zahlreich Angeführten) Falle, wenn nur von dem Einen der socii Geld, von dem Andren aber Dienste geleistet werden. Auch in diesem Falle werden die konferirten Gelder gemeinschaftlich, und den etwaigen Verlust trägt nicht der Konferent allein, sondern die Sozietät, d. h. die Sozii nach den vertragsmäßig bestimmten Theilen; aber auch hier sind nach Auflösung der Sozietät die eingeschossenen Gelder ausschließlich dem zu restituiren, der sie gegeben hat. Setzen wir also z. B. A. und B. schließen eine Sozietät in der Weise ab, daß A. ausschließlich die Fonds im Betrag von 10000 hergeben, B. aber die ganze Geschäftsführung übernehmen, und Gewinn und Schaden gleich vertheilt werden sollen. Wenn jetzt von den 10000, selbst noch ehe sie in dem Geschäft umgesetzt wurden, 4000 verloren gehen, so müßte, wenn A. allein die Gefahr trüge, derselbe jetzt 4000 nachschießen, oder, wenn dieses nicht geschähe, so müßte Alles so gehalten werden, wie wenn nur 6000 konferirt wären; aber dies wäre ganz

irrig, und wenn also z. B. mit den übrig gebliebenen 6000 noch weitere 6000 erworben werden, so daß nach Auflösung der Sozietät 12000 vorhanden sind, so ist der Gewinn, den die Sozietät gemacht hat, nicht = 6000, wie man unter jener andren Voraussetzung annehmen müßte, sondern nur = 2000, und A. bekommt im Ganzen 11000, B. aber nur 1000. Wären mit den übrig gebliebenen 6000 gerade nur 4000 erworben, so bekommt B. gar nichts, sondern alle 10000 fallen ausschließlich an A., und wäreen etwa nur 2000 erworben, so hat die Sozietät einen Schaden von 2000, zu welchem A. die eine, B. die andere Hälfte kontribuiren muß, so daß B. noch 1000 an A. heraus zu zahlen hat. — Es ist auffallend, daß unsre meisten Schriftsteller dieses einfache Verhältniß so gänzlich verkennen. So werden namentlich viele älteren Juristen dadurch irre geführt, daß doch auch die von dem andren Sozius geleisteten Dienste mit in Anschlag gebracht werden müßten, denn diese gelten ja Statt Geld, §. 2 J. h. t.:

„Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, *quia saepe opera alicujus pro pecunia valet*",

l. 52. §. 2. h. t.:

Ulp: „— — *pretium enim operae artis est velamentum*" (vgl. über diesen verkünstelten Ausdruck eines einfachen Gedanken die zahlreiche Literatur bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 380 sqq. und bei Glück a. a. O. S. 396 fgg. Not. 80.);

und diese Betrachtung führt sie dann entweder dahin, daß sie geradezu das gesammte bei Auflösung der Sozietät vorhandene Vermögen unter die beiden Gesellschafter gleichheitlich vertheilen wollen (vgl. z. B. Gloss. ad l. 1. C. h. t., *Teller*, de divis. lucri et damni cap. III. §. 5 sqq. ibique citt., Guyet a. a. O. S. 245.), oder doch dahin, daß man unterscheiden müsse, ob die Dienste des einen socius an Werth dem Geldbeitrage des Andren gleichständen oder nicht, so daß im ersteren Falle eine Vertheilung, im zweiten eine Rückgabe des Geldes an den Konferenten Statt finde (vgl. die bei Glück a. a. O. S. 398. Not. 82. Angeff). Gesetzt also, die Sozietät, wozu A. 10000, B. aber sehr umfassende Dienstleistungen beitrug, bleibt ihrem endlichen Resultate nach ohne den gehofften Gewinn, so sollen nach diesen Ansichten die 10000 unter die beiden socii vertheilt werden; und man unterstützt diese Entscheidung noch durch die Betrachtung, daß die umgekehrte Ansicht, wornach der A. die 10000 allein, B. aber nichts bekommen solle, für den Letztern offenbar eine große Härte herbeiführen würde, denn

dieser verliere darnach seine ganze Zeit und Arbeit, während der A. sein volles eingelegtes Kapital zurück erhalte. Das wahre Verhältniß ist aber vielmehr das, daß der A. seine Kapitalien, der B. aber seine Thatkraft und Einsicht in die Wagschale legen, und wenn diese vereinigten Fonds ohne das erwartete Resultat bleiben, so verliert der A. die Zinsen, der B. aber die einzelnen geleisteten Dienste; vgl. auch *Mayr*, cit. p. 21. sqq. — Die Meisten (vgl. Glück a. a. O. und die dort in Not. 85. zahlreich Zitirten) vertheidigen dagegen die Meinung, daß immer, wenn nichts Andres verabredet sei, das von dem einen socius eingelegte Kapital diesem auch während der Sozietät allein verbleibe, und dadurch gelangen sie denn zwar allerdings zu dem — aus einem andren Grunde — richtigen Satze, daß nach Aufhebung der Gesellschaft das ganze eingeschossene Kapital an den Konferenten restituirt werden müsse, folgern aber daraus auch weiter, daß auch aller Schaden nur diesen einen Sozius treffe. Wie aber selbst solche, die von richtigeren Prämissen ausgehen, in diesem letztren irrigen Satze mit der gemeinen Meinung übereinstimmen können, indem sie lehren, daß der andere socius niemals zu einem theilweisen Ersatze ex propriis verpflichtet sei, vgl. namentlich *Mayr* cit. p. 36, vermag ich nicht wohl einzusehen.

---

b) Verbindlichkeiten der socii. §. 652.

Ueber das periculum bei der Sozietät vgl. Wächter im ziv. Arch. XV. S. 206 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 405 fgg.

1) *Papinian.* l. 1. §. 1. de usur. (22, 1): Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae. — 2) *Pompon.* l. 60. pr. h. t.: Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, quum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas. — 3) *Paul.* l. 67. §. 1. h. t.: Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam foeneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine foenera-

verit; nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. — Vgl. Glück XV. S. 442 fgg. und die dort Angeff., Treitschke a. a. O. S. 43 fgg.

4) §. 9. J. h. t.: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque negligentiae nomine quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet, nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, hoc est sibi imputare debet. L. 52. §. 2. 3, l. 72. h. t.; cf. l. 5. §. 2. commod. (13, 6), l. 23. de R. J. Hasse, Kulpa §. 69, Treitschke S. 50 fgg.

5) *Ulp.* l. 52. §. 4. h. t.: Quidam sagariam negotiationem coierunt, alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit; dicit Julianus, damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae, quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat; proinde et si quid naufragio periit, quum non alias merces, quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient; nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. L. 60. §. 1. verbunden mit l. 61. eod.

6) *Ulp.* l. 69. h. t.: Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas, praestaret, eosque a negotio demitteret, si eas iis non solverit, et pro socio, et ex vendito cum eo agendum est. Vgl. über dieses Fragment, welches man zu den leges damnatae zu zählen pflegt, die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XV. S. 450 fgg. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 394 sqq.; s. auch Leist in der Gießer Zeitschr. XVII. S. 351 fgg., Kritz a. a. O. S. 135 fgg., Treitschke S. 173 fgg.

c) Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten. §. 653.

Lauterbach, de socior. obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. 1668. (in Dissert. acad. vol. III. nr. 129. p. 727 sqq.), Glück XV. S. 460 fgg., Kritz a. a. O. S. 126 fgg., Thöl, Handelsr. I. §. 37, Treitschke S. 136 fgg.

Anm. Bei der Frage, ob und inwiefern Rechtsgeschäfte mit Dritten Rechte und Verbindlichkeiten für socii erzeugen, müssen mehrere Fälle von einander unterschieden werden:

I. Wenn das fragliche Geschäft von sämmtlichen Gesellschaftern abgeschlossen wird, so ist soviel ausgemacht, daß dieselben der Regel nach nur *pro rata* berechtigt, l. 11. §. 1. de duob. reis (45, 2), l. 9. C. si cert. petat. (4, 2), und nur *pro rata* verpflichtet werden, l. 4. pr. de exerc. act. (14, 1), l. 44. §. 1. de Aed. ed. (21, 1); denn die von Manchen (vgl. die bei Glück S. 462. Not. 34. Angeff.) vertheidigte Meinung, daß wenigstens während dauernder Sozietät eine solidarische Haftung eintrete, ist völlig grundlos, und kann am Wenigsten durch l. 27. h. t. unterstützt werden. Wohl entsteht aber hier die Frage, ob jene Betheiligung pro rata von Viriltheilen oder von den Sozietätsportionen zu verstehen sei? Das Erstere wäre gewiß das Natürlichste — denn was kümmern den Dritten die besondren Verhältnisse der socii unter einander? —; das Zweite ist aber in den Gesetzen bestimmt vorgeschrieben, l. 4. pr. cit.:

> *Ulp.* „Si tamen plures per se navem exerceant, *pro portionibus exercitionis* conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur“,

l. 44. §. 1. cit.:

> *Paul:* „— — quamvis actio ex emto cum singulis sit *pro portione, qua socii fuerunt*“;

diese Aussprüche dennoch mit Kritz S. 129. von Virilportionen verstehen zu wollen, halte ich für unmöglich. Dabei möchte sich aber von selbst verstehen, daß unter Sozietäts-Portionen nicht die Antheile der einzelnen socii an dem Grundstamme, sondern vielmehr die vertragsmäßigen Antheile am Schaden zu verstehen sind, und daß also auch der socius, der gar keine, oder nur sehr wenige Fonds eingeschossen hat, aber in Betreff des Gewinns und Schadens mit den übrigen sociis gleichgestellt ist, aus einem gemeinsam abgeschlossenen Kontrakte zu gleichem Theile mit den Uebrigen verhaftet wird, vgl. auch Treitschke S. 143. — Natürlich kann aber auch der von

sämmtlichen Gesellschaftern abgeschlossene Kontrakt vermöge besondrer Verabredung eine aktive oder passive Korreal-Obligation begründen, und ist dies der Fall, dann treten einige, schon früher besprochene Eigenheiten in Betreff der Kompensation, Konfusion und das pactum de non petendo ein, vgl. oben §. 573. Anm. 5. S. 97 fgg. Für *argentarii* socii galt die eigenthümliche Bestimmung, daß bei allen von ihnen abgeschlossenen, auf ihr Gewerbe bezüglichen Geschäften eine Korreal-Obligation angenommen wurde, vgl. oben S. 75. bei Nr. 5.

II. Wenn der Vertrag blos von Einem oder Einigen der Gesellschafter abgeschlossen wird, so gelten, was

1) die Berechtigung der übrigen socii aus einem solchen Vertrage anbelangt, vollständig die allgemeinen Grundsätze über Erwerb von Klagerechten durch Verträge Dritter, vgl. oben §. 608. Anm. Die übrigen socii können darnach nur als Zessionare klagen, und eine solche Zession nach Maßgabe ihrer Gesellschafts-Antheile zu fordern sind sie dann berechtigt, wenn sich das abgeschlossene Geschäft seinem Wesen nach als ein Sozietäts-Geschäft herausstellt. Diese Regel, daß die übrigen Gesellschafter nur vermöge Zession ein Klagerecht aus dem Vertrage des Einen erwerben, leidet nach römischem Rechte selbst dann keine Ausnahme, wenn der Kontrahent der Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, während man freilich h. z. T. in solchem Falle ohne Weiteres eine utilis actio einräumt, vgl. oben S. 313 fgg. und S. 319.

2) Was die Haftungspflicht der übrigen socii anbelangt, so kann es

a) vorkommen, daß der kontrahirende socius der Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, und auch als solcher das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Dann haftet Jeder der Uebrigen *in solidum*, l. 4. §. 1. de exerc. act. (14, 1):

Ulp.: „Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri",

cf. l. 1. §. ult., l. 2. eod., l. 13. §. 2, l. 14. de instit. act. (14, 3), s. auch oben S. 74 a. E. und S. 75, und zwar ohne das beneficium divisionis, „ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit", l. 2. de exerc. act., cf. l. 27. §. 8. de pecul. (15, 1), gegen welchen letztren Satz man sich auch nicht auf die Nov. 99. berufen darf, s. oben S. 86 fgg. Daß derjenige, welcher eine solche Sozietätsschuld ganz getilgt hat, seinen Regreß gegen die übrigen socii nehmen kann, versteht sich von selbst, l. 13. §. 2, l. 14. de inst. act., und zwar sind ihm diese nach Maaßgabe ihrer Gesellschafts-Antheile verhaftet, jedoch so, daß wenn einer der-

selben insolvend ist, die Andren für dessen Antheil mit einzustehen haben, l. 67. pr. h. t. — Wenn übrigens Manche die solidarische Haftung nur dann annehmen wollen, wenn die übrigen socii solvend sind, und also eine Regreßklage gegen dieselben mit Erfolg angestellt werden kann, vgl. die bei Glück S. 467. Not. 47. 48. Angeff., und unter den neueren Thöl a. a. O. S. 117. (3. Aufl. S. 162): so muß ich diese Ansicht für unbegründet halten. Was nämlich die dafür angeführte l. 14. de instit. act.:

Paul. „Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat“

anbelangt, so hat schon Glück S. 467. die offenbar richtige Bemerkung gemacht, daß hier nicht von einem Falle die Rede ist, wo die Regreßklage wegen Insolvenz des andren socius unnütz, sondern von dem andren, wo gar keine Regreßklage rechtlich statthaft ist, wie noch ganz bestimmt aus den gleich folgenden Worten der Stelle hervorgeht: „veluti, si is, cujus servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit; nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo judicium“. Und eben so wenig darf man sich auch mit Thöl a. a. O. auf l. 13. §. 2. de instit. act. („Et verius esse ait, exemplo exercitorum *et de peculio actionis* in solidum unumquemque conveniri posse“) verbunden mit l. 27. §. 1, l. 28. de pecul. (15, 1) berufen, denn in den letztren Stellen ist nicht, wie Thöl anzunehmen scheint, gesagt, daß die solidarische Haftung bei der actio de peculio dann wegfalle, wenn der andre dominus insolvend sei, sondern nur, daß dann, wenn bei dem andren dominus sich nichts vom Pekulium vorfinde, der Verklagte nur soweit kondemnirt werden könne, als er selbst vom Pekulium habe; vgl. auch Treitschke S. 149.

b) Wenn der kontrahirende socius zwar nicht Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, aber doch das Geschäft für die Sozietät abgeschlossen hat, so ist der Regel nach doch nur blos der kontrahirende Sozius selbst dem Dritten gegenüber verpflichtet, und dies leidet nur in zwei Fällen eine Ausnahme. Einmal nämlich versteht es sich, daß, wenn die übrigen Gesellschafter nachher dieses Geschäft ratihabirt haben, sie eben so in solidum belangt werden können, wie wenn der kontrahirende socius in ihrem Auftrage gehandelt hätte, cf. l. 60. de R. J. Dann aber soll auch zweitens unmittelbar gegen die übrigen socii Klage erhoben werden können, wenn durch das fragliche Geschäft die Sozietät bereichert worden ist, l. 82. h. t.:

Papinian. „Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt“,

in welchem Falle aber gewiß nach den Grundsätzen über in rem versio die andern Gesellschafter blos *pro rata* belangt werden können, arg. l. 10. §. 4, l. 13. de in rem verso (15, 3). Die Meinung, daß in der l. 82. cit. gar nicht von der Klage des Dritten gegen die Gesellschafter, sondern von der actio pro socio der Gesellschafter unter einander, die Rede sei, vgl. Sell, Versuche Bd. I. S. 48, Kritz a. a. O. S. 131 fgg., hat zwar gute innere Gründe für sich, möchte aber mit den Worten des Gesetzes schwerlich vereinigt werden können, vgl. auch Schol. 1. ad Basil. XII. 1. 80. bei Heimb. I. p. 787. (wo in solchem Falle die Klage des Dritten gegen die übrigen socii als utilis institoria actio aufgefaßt wird).

c) Wenn endlich der kontrahirende socius das Geschäft in eignem Namen abgeschlossen hat, dann ist immer auch nur er allein dem Dritten gegenüber obligirt, und von einer Haftungspflicht der übrigen socii kann selbst nicht in dem Falle die Rede sein, wenn auch die Sozietät Nutzen aus dem Geschäfte gezogen hat. Zwar wollen Viele wegen der vorher angeführten l. 82. h. t. das Gegentheil behaupten, vgl. z. B. Glück S. 468, Thöl S. 119, aber eine solche Annahme würde so sehr mit den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts im Widerspruch stehen, daß wir wohl genöthigt sind, die l. 82. cit. von dem vorher bei lit. b. angeführten Falle zu verstehen, wenn der Kontrahent das Geschäft für die Sozietät, also als negotiorum gestor derselben, abgeschlossen hat, vgl. auch Treitschke S. 162 fgg. —

Schließlich mag hier noch die Bemerkung ihren Platz finden, daß die hier bei Nr. II. angedeuteten Grundsätze auch vollständige Anwendung auf den Fall leiden, wenn ein Dritter — ein Nicht-Gesellschafter — für die Sozietät ein Geschäft abgeschlossen hat, und es muß also auch hierbei unterschieden werden, ob dieser Dritte als Institor oder Mandatar, oder ob er als negotiorum gestor, oder ob er für sich das Geschäft vorgenommen hat.

---

d) Beendigung der Sozietät. §. 654.

1) *Ulp.* et *Paul.* l. 63. §. 10, l. 65. pr. h. t.: Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem *homines* maxima aut media capitis deminutione, aut morte; *res* vero, quum aut nullae relinquantur, aut conditionem mutaverint, neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus, quae con-

secrata publicatave sit; *voluntate* distrahitur societas renunciatione; [l. 65.] *actione* distrahitur, quum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis; Proculus enim ait, hoc ipso, quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem, sive totorum bonorum, sive unius rei societas coita sit.

2) *Paul.* l. 65. §. 3. h. t.: Diximus, dissensu solvi societatem; hoc ita est, si omnes dissentiunt; quid ergo, si unus renunciet? Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renunciatio facta sit, veluti si, quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde, quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renunciavit; ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renunciavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. Quodsi quid post renunciationem acquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo. — 3) *Ulp.* l. 14. h. t.: Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen, si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire, nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuncietur societati, esse pro socio actionem; sed etsi convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuncietur, potest rationem habere renunciatio — —. — 4) *Paul.* l. 17. §. 1. h. t.: Si absenti renunciata societas sit, quoad is scierit, quod is acquisivit, qui renunciavit, in commune redigi debet, detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciaverit; sed quod absens acquisivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse. — Vgl. Glück S. 469 fgg., Roman, über den einseitigen Rücktritt von einem abgeschl. Gesellschafts-Vertr. Heilbr. 1825, Höpfner im ziv. Arch. XVII. S. 262 fgg., S. 440 fgg., Kritz S. 96 fgg., Treitschke S. 178 fgg

c) Theilung des Gesellschafts-Vermögens. §. 655.

Mayr, de divisione bonorum societatis. Landish. 1825.

Anm. Es ist schon oben bemerkt worden, daß der Grundstamm der Gesellschaft immer in denselben Verhältnissen an diejenigen zurückkehrt, von denen er eingeschossen ist, und daß hierbei auch kein Unterschied zwischen der s. g. societas quoad sortem und quoad usum Statt findet (vgl. oben §. 651. Anm. 2.), und ebenso ist auch schon früher von den Verträgen die Rede gewesen, wodurch die Gewinn- und Verlust-Antheile der einzelnen Gesellschafter bestimmt werden können (§. 651. Anm. 1). Hier bleibt noch die Frage übrig, nach welchem Maaßstabe die Betheiligung am Gewinn und Verlust angenommen werden müsse, wenn kein besondrer Vertrag darüber abgeschlossen worden ist? und gerade dieser Punkt ist auch noch unter den neueren Juristen außerordentlich bestritten. Sehr viele gehen nämlich von dem einfachen Grundsatze aus, daß sich die Größe des Gewinn- und Verlust-Antheils nach der Größe der Beiträge bestimme, und daß also dann, wenn erwiesener Maaßen die Beiträge ungleich waren, auch ungleiche Antheile an Gewinn und Verlust angenommen werden müßten, vgl. Glück XV. S. 405 fgg. und die dort in Note 100. zahlreich Angeff., Thibaut §. 542, Seuffert §. 350, Valett §. 547, Göschen §. 521. (S. 405), Roßhirt §. 450, Treitschke a. a. O. S. 110 fgg. Andere dagegen nehmen an, daß trotz ungleicher Beiträge doch immer arithmetisch gleiche Theile für Gewinn und Verlust Platz greifen müßten, wenn nicht vertragsmäßig ein anderes Verhältniß festgesetzt worden sei, vgl. die bei Glück a. a. O. in Not. 101. Angeff., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 29. h. t. tom. III. p. 373; *Mayr* cit. p. 56 sqq.; *Schrader* ad Instit. p. 550, v. Wening §. 272, Schweppe, Handb. §. 475, Puchta §. 370, Kritz a. a. O. S. 37 fgg., Unterh. II. S. 382 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtsler. IV. S. 687. So billig auch die erstre Ansicht zu sein scheint, und so Vieles sich aus allgemeinen Gründen für dieselbe sagen läßt, so läßt sich doch den Gesetzen nach gewiß nur die letztere Meinung rechtfertigen. So sagt namentlich Ulpian in l. 29. pr. h. t. geradezu:

„*Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.* Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cujuscunque alterius rei causa".

Die mancherlei Versuche, diesen Ausspruch mit der ersteren Meinung zu vereinigen, scheinen mir völlig unhaltbar. Wenn Manche unter den *aequae partes* s. g. relativ- oder geometrisch-gleiche — also in der That ungleiche — Theile verstehen wollen, so tragen sie in ganz unzulässiger Weise unsre moderne Sprechweise in die Sprache der Quellen hinein, wornach der Ausdruck: aequae partes immer

nur von wirklich gleichen, von s. g. arithmetisch gleichen Theilen gebraucht wird, cf. *Brisson.* de V. S. s. v. aequales partes, *Schult. et Smallenb.* l. c., *Schrader* cit., und in unsrer Stelle ist diese letztere Bedeutung um so zweifelloser, da der in dem folgenden Passus ausgesprochene Gegensatz ohnedies ganz sinnlos wäre. Offenbar eben so unzulässig ist es, bei dieser Entscheidung suppeniren zu wollen, daß auch gleiche Einlagen gemacht worden seien, und wenn endlich Manche die Worte: si non fuerint partes adjectae so auslegen wollen „wenn über die Größe der Einlagen nichts im Vertrage bestimmt werden sei", so scheitert auch diese Interpretation an dem folgenden Gegensatze, wo augenscheinlich nur von Gewinn- und Verlust-Antheilen die Rede ist; vgl. auch Schol. 2. ad Basil. XII. 1. 29. bei Heimb. I. p. 739. — In völliger Uebereinstimmung mit Ulpian sagt Gaius comm. III. 150:

„Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, *tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse*",

und eben so Justinian in §. 1. J. h. t.:

„Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, *aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur;* quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent";

vgl. auch *Theoph.* ad h. l. Endlich kann hier auch noch Nov. Leon. 103. angeführt werden:

„In societatibus usitatum est, ut fere, qui plus contulit, idem plus lucri sentiat; et recte sane negotium instituunt, *inter quos ita convenit*".

— Wenn man gegen diese so klaren und unzweideutigen Aussprüche unsrer Quellen die l. 6. und l. 80. h. t. anführt, und dadurch die entgegengesetzte Lehre begründen will, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen. In l. 6. cit. sagt Pomponius:

„Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societati constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est boni viri arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit";

und er setzt also hier mit klaren Worten voraus, daß durch einen besondern Nebenvertrag Einem der socii die Bestimmung der Theile überlassen worden sei; und eben so wird in l. 80. cit., vgl. mit l. 76—79. cod., der Fall entschieden, wenn vertragsmäßig die Bestimmung der Theile einem Dritten überlassen wurde, und für diesen Fall wird dann auch hier gesagt:

„Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique

ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat". Daß in Fällen dieser Art — wo die socii gerade durch den Nebenvertrag deutlich aussprechen, daß sie es nicht bei der gesetzlichen Regel lassen wollen — die Größe der Beiträge den Maaßstab für die Größe der Gewinn- und Verlust-Antheile geben soll, ist freilich sehr natürlich; wie aber daraus etwas für den ganz andren Fall gefolgert werden kann, wenn gar keine Nebenverabredung getroffen worden ist, vermag ich in der That nicht einzusehen.

Hiernach müssen denn also die Gesellschafter, wenn sie bei ungleichen Beiträgen auch ungleiche Antheile am Gewinn und Verlust beabsichtigen, dies durch besondere Verträge festsetzen, und in der That erscheint auch ein solcher Satz gar nicht so unverständig und unbillig, wie es vielleicht beim ersten Anblicke scheinen möchte. Bei einer Sozietät kommen nämlich gar nicht blos die eigentlichen Beiträge in Betracht, sondern sehr oft influiren hier auch noch andre Umstände, die schlechthin keiner bestimmten Schätzung fähig sind, und so können z. B. der Name, der Kredit, die sozialen Verhältnisse eines Sozius zur Erreichung der Gesellschafts-Zwecke mehr beitragen, als die eingeschossenen Gelder oder die vertragsmäßig zu leistenden Arbeiten. Da liegt denn gewiß die Vermuthung sehr nahe, daß, wenn ungleiche Beiträge und nicht zugleich auch ungleiche Antheile am Gewinn und Verlust verabredet worden sind, die Ungleichheit der Beiträge nach der Ansicht der Paziszenten durch solche oder ähnliche Umstände ausgeglichen werde; und ein Gesetz, welches hieraus eine praesumtio juris macht, verdient meines Erachtens schlechthin keinen Tadel.

---

f) Von der societas omnium bonorum. §. 656.

1) *Paul.* et *Gai.* l. 1. §. 1, l. 2, l. 3. pr. h. t.: In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur, [l. 2.] quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire [l. 3]. Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent.

2) *Paul.* l. 27. h. t.: Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est, solutum sit. Igitur et si sub conditione promiserat, et distracta societate conditio extitit,

ex communi solvendum est; ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt.

3) *Ulp.* l. 73. h. t.: Si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. Idem Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrimque imputanda.

B) Communio incidens.

Unterholzner II. S. 393 fgg., Koch III. S. 551 fgg., Kritz, Pandektenr. Theil I. Band 2. S. 4 fgg., *Molitor* II. p. 337 sqq.

a) Von den daraus hervorgehenden Rechtsverhältnissen.

§. 657.

1) *Ulp.* l. 31, *Gai.* l. 34. pro soc. (17, 2): Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta quum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. [l. 34.] Quibus casibus, si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non societatis judicio locus est; sed inter coheredes quidem familiae herciscundae judicio agitur, inter ceteros communi dividundo. — 2) §. 3. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27): Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter iis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

3) *Paul.* l. 25. §. 16. fam. herc. (10, 2): Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum; non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.* Eadem sunt, si duobus res legata sit; nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.

4) *Diocletian.* et *Maximian.* l. 3. C. communia utriusque judic. (3, 38): Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Vgl. Glück XI. S. 93 fgg.

b) Von den judicia divisoria. §. 658.

Dig. X. 1. finium regundorum, X. 2. familiae herciscundae, X. 3. communi dividundo; Cod. III. 36. fam. herc., III. 37. comm. divid., III. 38. communia utriusque judicii tam. fam. herc. quam comm. divid., III. 39. finium regundorum. — Glück X. S. 419 fgg., XI. S. 1 fgg., S. 119 fgg. — Ueber die actio fam. herc. s. oben Bd. II. §. 514. Ueber die actio finium regundorum vgl. außer Glück a. a. O. und den dort S. 433. Not. 18. Zitirten auch noch Weiske, skept. prakt. Beh. Nr. 3, Puchta in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. H. 2. S. 1 fgg. (auch in desselben kl. ziv. Schriften S. 347 fgg.) Wiederhold in der Gießer Zeitschrift XIII. S. 35 fgg., Sternberg ebendas. XVII. S. 426 fgg., Rudorff in der gesch. Zeitschr. X. S. 343 fgg. und in den gromatischen Institutionen (in den röm. Feldmessern von Blume, Lachmann und Rudorff Bd. II.) S. 422 fgg. bes. S. 433 fgg., Hoffmann im ziv. Arch. XXXI. S. 493 fgg. XXXV. S. 350 fgg. — Ueber die actio communi dividundo s. auch Brinkmann, Verhältn. der a. comm divid. und der a. negot. gestor. zu einander. Kiel 1855.

1) *Paul.* l. 14. comm. divid.: In hoc judicium hoc venit, quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit se socium habere. §. 1. Impendia autem, quae, dum proprium

meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur, aequitate ipsius judicii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo; sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim; sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est; nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego, poterat retentionem facere; et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Quae quum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione. Diversum est enim, quum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem; et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio. Vgl. über diese vielbesprochene Stelle die Nachweisungen bei Glück XI. S. 152 fgg.

2) *Paul.* l. 29. pr. eod.: Si quis, quum existimaret fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset, recte dicitur, etiam communi dividundo judicium ei sufficere; hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem, cujus socii; neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor, et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur. Denique ea actione pupillum teneri dicimus, ut impendia restituat officio judicis. Diversa causa est ejus, qui putat, se in rem propriam impendere, quum sit communis; huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum est. Ille enim, qui scit, rem esse communem, vel aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, et in persona labitur. Glück XI. S. 148 fgg.

Anm. Bei Grenzirrungen und Grenzstreitigkeiten immer zu der rei vindicatio seine Zuflucht nehmen zu müssen, würde, abgesehen von vielen andren Gründen, schon darum in den meisten Fällen sehr ungenügend sein, weil es dem Kläger häufig gar nicht möglich ist, das zu vindizirende Objekt genau zu bestimmen, und weil hier überhaupt meistens unter den confines gar nicht eine eigentliche lis, sondern nur ein „jurgium“ Statt findet, vgl. *Nonius* s. v. Jurgium. So führte denn das Bedürfniß schon frühe zu einer besondren Grenzscheidungs-Klage hin, und schon die 12 Tafeln enthalten darüber die Bestimmung, daß dabei drei Sachverständige (arbitri) entscheiden sollten, an deren Stelle dann durch eine lex Mamilia ein arbiter gesetzt wurde, *Cic.* de legib. I. 18. Bei diesem judicium finium regundorum mußten aber doch zwei Fälle scharf unterschieden werden, nämlich die controversia *de fine* und die controversia *de loco*, welche Ausdrücke wenigstens später als technische hierfür vorkommen, vgl. bes. *Frontin.* bei Goes. p. 39 sqq., bei Lachmann p. 9 sq., *Hygin.* bei Blume im Rhein. Mus. VII. S. 158 fgg., bei Lachmann p. 126 sqq. Wenn nämlich die Grenzirrung sich blos auf den Grenzrain beschränkte — auf die quinque pedes der 12 Tafeln und der lex Mamilia —, dann sollte bei dieser controversia de fine ein Sachverständiger, ein agrimensor, als Richter entscheiden, und diese Entscheidung schlechthin darauf gerichtet sein, nach rein technischen Grundsätzen die früheren Grenzen wieder aufzufinden, und resp. die neuen zu fixiren; und zwar sollen hierbei so sehr die rein technischen Regeln entscheiden, daß selbst keinerlei Usukapion dabei berücksichtigt werden durfte, *Cic.* cit. Ging dagegen die Grenzirrung weiter, überschreitet sie also die quinque pedes — controversia de loco —, dann wurden zwar natürlich auch Sachverständige zugezogen, aber nicht als Richter, sondern als advocati, und der judex hatte also nicht nur nach Regeln der praktischen Geometrie zu entscheiden, sondern dabei kamen auch Rechtsgrundsätze, namentlich Rechtsveränderungen durch usucapio, in Betracht, vgl. besonders *Hygin.* l. c. p. 164, bei Lachmann p. 130 („Constabit tamen, rem magis esse juris, quam nostri operis, *quoniam saepe usucapiuntur loca, quae in biennio possessa fuerint*“). So näherte sich also freilich diese controversia de loco der eigentlichen *vindicatio* loci, die dann Platz greift, wenn nicht wegen Grenzirrungen, sondern aus einem andren Grunde ein Stück eines fundus von einem Dritten in Anspruch genommen wird —, aber doch unterschieden sich noch immer beide Klagen wesentlich theils durch die Duplizität, theils durch die Adjudikation, welche beide Besonderheiten bei der eigentlichen vindicatio nicht Platz greifen konnten, wohl aber bei der controversia de loco eben so wie bei der controv. de fine vorkamen. — Diese eben

dargestellten Verhältnisse dauerten aber selbst nach dem Untergang des ordo judiciorum privatorum fort, und namentlich verordnete noch Konstantin ausdrücklich, daß bei einer controversia de fine — „cum intra quinque pedes locum, de quo agitur, apud praesidem esse constiterit" —, ein Sachverständiger, ein argimensor, entscheiden soll, während über die controversia de loco von dem praeses judizirt wird, l. 3. C. Theod. fin. regund. (2, 26). Zwar hob Valentinian im J. 385. den bisher immer festgehaltenen Unterschied zwischen diesen beiden Fällen auf, und dehnte die freiere Behandlung der controversia de fine auch auf die controversia de loco aus, indem auch bei der letzteren ein Sachverständiger rein nach technischen Regeln entscheiden, und namentlich auch hier alle Usukapion ausgeschlossen sein soll, l. 4. C. Th. eod.:

„Quinque pedum praescriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur hujusmodi litibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi jurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quisquam se asserat diligentius coluisse, quando omne hujusmodi jurgium solo praecipimus jure discigni, quo artis hujus peritis omnem comisimus sub fideli arbitrio notionem";

aber wenige Jahre darauf (im J. 392.) kehrte Theodosius vollständig zu der früheren Unterscheidung zurück, l. 5. C. Theod. eod:

„Cunctis molitionibus et machinis amputatis, finalibus jurgiis ordinem modumque praescripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri jure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare. Quodsi loca in controversiam veniant, solenniter de his judices recognoscent, et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita, ut causa cognita et redhibitioni obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat".

Im Justinianischen Rechte hat unser Verhältniß, ohne daß Justinian eine eigene Konstitution darüber erlassen hätte, durch Ausmerzungen in den Pandekten-Fragmenten, und durch Interpolation früherer Konstitutionen eine eigenthümliche Gestalt angenommen. Indem nämlich die Konstantinische Verordnung (l. 3. C. Theod. cit.) ganz weggelassen, von der Valentinian'schen (l. 4. eod.) nur der erste Passus rezipirt, l. 5. C. J. fin. reg. (3, 39):

„Quinque pedum praescriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio";

die Theodosische aber (l. 5. C. Th. cit.) bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurde, l. 6. C. J. eod.:

„Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere“, vgl. auch l. 1. §. 1. C. de annali except.:

so entstand das Resultat, daß jetzt jeder Unterschied zwischen der controversia de fine und de loco aufhörte, und bei allen Grenzstreitigkeiten die Usukapion ausgeschlossen, dagegen die dreißigjährige Verjährung zugelassen wurde. Von einem Richteramt der Sachverständigen ist aber natürlich überall keine Rede mehr, sondern dieselben werden nur als begutachtend zugezogen, und das Urtheil immer von den judices ordinarii gesprochen. Vgl. auch Unterholzner, Verj. Bd. I. S. 181 fgg., Rudorff a. d. aa. OO., Puchta, Kursus d. Institut. II. §. 234, Müller, Eviktion I. S. 245 fgg.

Ueber dieses judicium finium regundorum, wie es sich im Justinianischen Rechte herausstellt, — also ohne alle Berücksichtigung der quinque pedes —, gelten nun im Wesentlichen folgende Grundsätze:

1) Die Klage findet nur Statt bei aneinander liegenden praedia rustica, einerlei übrigens, ob sie auf dem Lande oder in der Stadt liegen, l. 4. §. 10. h. t. Dadurch, daß auf der einen Seite ein Gebäude steht, wird die Klage aber nicht ausgeschlossen, l. 2. pr. h. t. Wenn sich zwischen den beiden Grundstücken ein öffentlicher Weg oder Fluß hinzieht, so ist die Klage unstatthaft, l. 4. §. ult., l. 5. 6. h. t.

2) Die Klage wird gleichsam *inter ipsos fundos* ventilirt, l. 4. §. 8. h. t. und fundi nomine können nicht blos die Eigenthümer, sondern auch Emphyteutmänner, Nutznießer, und Pfandgläubiger bei diesem judicium auftreten, l. 4. §. 9. h. t. Kommt es in solchem Falle zu einer adjudicatio, so kommt diese auch den Eigenthümern zu Gute, „quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur“, l. 4. §. 5. h. t. Unter Miteigenthümern ist natürlich die Klage ausgeschlossen, und eben so auch dann, wenn das eine Grundstück Einem ausschließlich, das andere aber Diesem und einem Andren gemeinschaftlich gehört, l. 4. §. 6. 7. h. t.

3) Vorausgesetzt wird eine Grenzstreitigkeit, mag dieselbe nun eine eigentliche Grenzverwirrung sein, so daß Keiner der Anlieger die wahren Grenzen angeben kann (s. g. actio finium regund. simplex), oder eine Grenzirrung, wobei Jeder der Anlieger eine bestimmte, von der Angabe des Andren abweichende, Grenze angiebt (s. g. actio fin. reg. qualificata). Die neuerlich vertheidigte Meinung, daß eine Grenzstreitigkeit überhaupt bei unsrer Klage gar nicht vorausgesetzt

werde, sondern daß sie wesentlich dazu bestimmt sei, eine gesetzliche obligatio der confines auf eine kunstmäßig vorzunehmende Abmarkung zu realisiren, vgl. Wiederhold a. a. O., läßt sich aus unsren Quellen gewiß nicht konstruiren, indem dort überall eine *controversia* de finibus, ein *jurgium* vorausgesetzt wird, und am Wenigsten paßt dazu der an die Spitze des Pandektentitels gestellte Ausspruch des **Paulus** in l. 1. h. t.:

„Finium regundorum actio in personam est, **licet pro vindicatione rei est**";

denn offenbar ist der Sinn desselben, daß die actio fin. reg. wesentlich auf Wiederherstellung gestörter Eigenthums-Verhältnisse gerichtet sei, was nach Wiederhold's Ansicht begreiflich nicht behauptet werden könnte.

4) Der wesentliche Zweck der Klage ist hiernach, daß die früheren Grenzen wieder festgestellt werden sollen, und hierbei kommt denn, sowohl was die Beweislast, als das Urtheil anbelangt, die Duplizität des judicium finium regund. besonders in Betracht, l. 10. h. t., vgl. oben Bd. I. S. 768 fgg. Eine Eigenheit hierbei ist, daß, wenn die früheren Grenzen zwar festgestellt sind, aber dieselben sich als unzweckmäßig herausstellen, und die Lokalität passendere Abmarkungen an die Hand gibt, der Theilungsrichter die alten Grenzen verlassen, also dem einen Nachbar ein Stück des fremden Eigenthums zusprechen, und ihn dafür zu einer entsprechenden Entschädigung verurtheilen darf, l. 2. §. 1. h. t.:

Ulp. „Et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem",

§. 6. J. de offic. judic. (4, 17). — Es kann aber auch sein, daß die früheren Grenzen so verdunkelt sind, daß sich dieselben gar nicht wieder auffinden lassen, und in diesem Falle soll der Richter das streitige Grenzland gleichsam als eine res communis ansehen, und nach seinem Ermessen einen Durchschnitt machen dürfen, um zu einer festen Grenzbestimmung zu gelangen, l. 2. §. 1. h. t.:

Ulp. „Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat".

5) Außer dem eben angegebenen Hauptzwecke können aber bei dem judicium finium regundorum auch noch Nebenleistungen zur Sprache kommen, Ersatz verursachten Schadens, Herausgeben gezogener Nutzungen u. dgl. l. 4. §. 1. 2. h. t., §. 6. J. de off. jud. (4, 17). Doch kommen hierbei regelmäßig nur die nach der Litiskontestation gezogenen Früchte in Betracht, und die vorher gezogenen nur dann, wenn sie noch vorhanden sind: sind sie nämlich bereits konsumirt, so können sie von dem bonae fidei possessor gar nicht,

von dem malae fidei possessor nur mit einer condictio abgefordert werden, l. 4. §. 2. h. t.:

Paul. libr. XXIII. ad Edict.: „Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio, nam et culpa et dolus exinde praestantur; sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient, aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumsit, aut mala fide, et condici oportet".

Wenn es dagegen in l. 56. fam. hercisc. (10, 2) heißt:

Paul. libr. XXIII. ad Edict.: „Non solum in finium regundorum, sed et familiae herciscundae judicio praeteriti quoque temporis fructus veniunt"

so versteht es sich wohl von selbst, daß zwischen diesen beiden, aus demselben Buche entnommenen Stellen kein Widerspruch angenommen werden darf, sondern daß der vage Ausspruch der zweiten durch die Detaildarstellung der ersten erklärt werden muß.

---

4) Schuldverhältnisse aus unentgeldlicher Geschäftsbesorgung.

A) Mandatum.

Inst. III. 26. [27] de mandato, Dig. XVII. 1, Cod. IV. 35. mandati vel contra. — Glück XV. S. 239 fgg. und die dort in Not. 1. Angeff., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 1. S. 1 fgg., Unterh. II. S. 585 fgg, Koch III. S. 442 fgg., Heimbach im Rechtslex. VII. S. 12 fgg., *Molitor* II. p. 375 sqq. Vgl. auch Gesterding, alte und neue Irrthümer. Nr. VI. S. 183 fgg. („Beiträge zur Lehre vom Mandat").

a) Begriff und Erfordernisse. §. 659.

1) *Paul.* l. 1. §. 4. h. t.: Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

2) *Gai.* l. 2. h. t.: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla

ex eo obligatio nascitur. — — — (§. 6.) Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces; cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. — In §. 6. J. h. t. wird dies fast wörtlich, ohne irgend eine Aenderung des Sinns wiederholt, denn wenn Hepp im ziv. Arch. XI. S. 43 fgg. in dem Ausdruck der Institutionen: »quia nemo ex consilio *mandati* obligatur« eine solche Aenderung finden will, indem Justinian hiermit einen monströsen Zwitterbegriff — ein consilium mandati, einen „Mandats-Rath", oder wenn man lieber wolle, ein „Raths-Mandat" — in's Leben gerufen habe, so beruht dies auf einem augenscheinlichen Mißverständnisse, indem »mandati« nicht mit »consilio«, sondern mit »obligatur« verbunden werden muß, und darnach die Einschiebung dieses Worts offenbar sehr unschuldig ist. — Nachdem nun aber in den Institutionen die obige Pandektenstelle wörtlich wiederholt worden ist, fährt der Kaiser so fort: »Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur; et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam foenerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset«.

Anm. Ein bloßer Rath (consilium) hat der Natur der Sache nach schlechthin keinen obligatorischen Charakter (T. 2.), und es kann daraus weder für den Rathgeber noch für den Berathenen irgend eine Verbindlichkeit entstehen. Das Letztere leidet durchaus keine Ausnahme, während es allerdings Fälle gibt, in denen der Rathgeber seines Raths wegen zum Schadensersatz verpflichtet wird.

1) Wenn Jemand in arglistiger Absicht einen schädlichen Rath gibt, so kann unbedenklich die actio de dolo gegen denselben angestellt werden, l. 47. pr. de R. J.;

„Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit“.

2) Wenn Jemand in seiner Qualität als Kunstverständiger um Rath gefragt wird, und er sich darauf einläßt, so ist hier offenbar nicht ein bloses consilium vorhanden, sondern es ist unter diesen Umständen ein besonderes obligatorisches Verhältniß zwischen dem Anfragenden und dem Rathgeber begründet, welches den letzteren zur Anwendung obligationsmäßiger diligentia verpflichtet, und hier kann es also kommen, daß ein Rathgeber auch schon wegen bloser Kulpa verantwortlich wird. Vgl. auch Gesterding a. a. O. S. 199, Neustetel a. a. O. S. 40, Wening §. 302. Für diesen aus allgemeinen Prinzipien hervorgehenden Satz darf man sich aber freilich nicht auf l. 2. quod quisque jur. (2, 2) berufen, denn hier ist überhaupt nicht von einer Rathsertheilung, und am Wenigsten von einer Verantwortlichkeit des Rathgebers dem Berathenen gegenüber die Rede.

3) Wenn der Rathgeber durch besondren Vertrag die Folgen seines Raths auf sich zu nehmen versprochen hat, so scheint es nach allgemeinen Grundsätzen nicht zweifelhaft sein zu können, daß derselbe den daraus hervorgegangenen Schaden zu ersetzen verpflichtet wird. Dennoch bestreitet dies Thibaut, indem derselbe einem solchen Vertrage nur dann Wirksamkeit einräumen will, wenn zugleich nachgewiesen werde, daß der Berathene ohne den Rath die fragliche Handlung gar nicht vorgenommen haben würde; keiner dieser beiden Umstände allein genüge, sondern beide müßten zusammentreffen, um den Rathgeber verantwortlich zu machen, vgl. Thibaut's Versuche Bd. I. Nr. 8, Syst. §. 518, Braun's Erörtr. S. 781 fgg., Glück XV. S. 367. Thibaut argumentirt so: Ein mandatum tua gratia sei nach römischem Rechte unverbindlich (T. 2), und dies leide nur dann eine Ausnahme, wenn der Mandatar gerade nur durch das Mandat zur Handlung bestimmt worden sei, l. 6. §. 5. h. t.:

Ulp. „Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit, *aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, et si mea non interfuit, tamen erit mandati actio*“.

In der Natur eines jeden mandatum, und also namentlich auch des mandatum tua gratia liege nun aber das stillschweigende Versprechen des Mandanten, für die Folgen des mandatum einstehen zu wollen, und gerade dadurch unterscheide sich das mandatum tua gratia von dem blosen consilium. Komme nun zu dem letzteren ein Versprechen des Rathgebers, für die Folgen des Raths haften zu wollen, dann sei ein solches consilium juristisch einem mandatum tua gratia

gleich zu achten, und also, wie das letztere, unverbindlich, wenn nicht nach l. 6. §. 5. cit. noch der weitere Umstand hinzutrete, daß der Berathene ohne dies nicht gehandelt haben würde. — Offenbar ist aber die Prämisse, von welcher Thibaut ausgeht, daß in dem mandatum tua gratia eine stillschweigende Uebernahme der Gefahr enthalten sei, völlig ungegründet. Die Gesetze gehen vielmehr von der Ansicht aus, daß bei einem solchen Mandate nicht die Absicht, sich obligiren zu wollen, angenommen werden könne, und gerade darum sagen sie, dasselbe sei nicht obligatorium. Daß demnach die gesetzlichen Aussprüche von dem nicht obligatorischen Charakter des mandatum tua gratia unmöglich auf den Fall angewendet werden können, wenn Jemand durch besondren Vertrag für die Folgen eines gegebenen Raths einstehen zu wollen versprochen hat, versteht sich doch wahrlich von selbst, und es muß also in dem letztren Falle völlig gleichgültig sein, ob der Berathene gerade durch den Rath zu der fraglichen Handlung bestimmt worden ist, oder ob er dieselbe auch ohnedies vorgenommen haben würde. Auch in dem letztren Falle fordert derselbe aus dem Vertrage Ersatz für die etwa erlittenen Nachtheile, wie er dies ja im Falle eines solchen Vertrags unbedenklich selbst dann thun könnte, wenn der Promittent gar keinen Rath gegeben hätte. Es wäre in der That wunderbar, daß ein Vertrag, wodurch Jemand das Risiko für irgend eine Unternehmung eines Dritten übernimmt, ein Vertrag also, welcher allein stehend unbedenklich wirksam sein würde, seine Wirksamkeit dadurch verlieren sollte, daß der Promittent dem Promissar jene Unternehmung zugleich angerathen hat! Vgl. auch Gesterding, Irrth. a. a. O. S. 197. fgg., Neustetel im ziv. Arch. II. 4, Sintenis, gm. Zivilr. II. S. 566 Anm., Heimbach, Rechtslex. IX. S. 451 fgg.

4) Manche nehmen an, daß ein Rath auch schon dann den Rathgeber zum Schadenersatz verpflichte, wenn der Berathene nachweise, daß er ohne den ihm gegebenen Rath die fragliche Handlung nicht vorgenommen haben würde, vgl. z. B. Hepp im ziv. Arch. XI. 3., Sintenis a. a. O. S. 566 fgg. Anm., Heimbach a. a. O. S. 453. Diese Ansicht gründet sich auf die einfache Argumentation, daß diese Regel anerkannter Weise bei dem mandatum tua gratia gelte, l. 6. §. 5. h. t., das mandatum tua gratia aber in den Gesetzen als ein consilium aufgefaßt werde, T. 2., so daß, was von dem einen gelte, auch auf das andere angewendet werden müsse. Gewiß aber kann daraus, daß es in den Gesetzen heißt, das mandatum tua gratia sei *magis* consilium, quam mandatum, et ob id non obligatorium, nicht eine völlige Identität beider Rechtsverhältnisse gefolgert werden, sondern es ist da nur eine, auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben angedeutet,

weßhalb denn auch für beide dieselbe Regel gilt, daß sie nicht obligatorisch sein sollen. Dadurch werden wir aber nicht berechtigt, eine Ausnahme von dieser Regel, welche blos für das mandatum tua gratia in den Gesetzen anerkannt ist, auch auf das consilium anzuwenden, und zwar um so weniger, da dieselbe in ihrer Anwendung auf den Rath viel singulärer erscheinen würde, und viel weniger gerechtfertigt werden könnte, als in ihrer Anwendung auf ein Mandat. M. E. ist daher die l. 6. §. 5. cit. auf das mandatum tua gratia zu beschränken, und ein bloser Rath obligirt selbst dann den Rathgeber nicht, wenn er auch das Motiv für die Vornahme der Handlung gewesen sein sollte.

---

b) Verbindlichkeiten der Kontrahenten. §. 660.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 13. C. h. t.: A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. — Hasse, Kulpa §. 92 fgg.; s. auch Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. V. S. 113 fgg.

2) *Scaevola* l. 60. §. 2. h. t.: Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.

3) *Paul.* l. 26. §. 6. h. t.: Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.

4) *Justinian.* §. 8. J. h. t.: Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem; adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. Diversae scholae auctores recte usque ad centum

aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est. Cf. *Gai.* III. 161, l. 3. §. 2, l. 4, l. 22. pr., l. 33. h. t.

c) Verhältniß der Kontrahenten zu Dritten. §. 661.

Dig. XIV. 1. de exercitoria actione, XIV. 3. de institoria actione, Cod. IV. 25. de institoria et exercitoria actione. — Ueber die actio *exercitoria* Glück XIV. S. 178 fgg. und die dort S. 185. Not. 82. Angeff.; über die actio *institoria* Glück XIV. S. 235 fgg. und die dort in Not. 1. Genannten. — Weiske, skept. prakt. Behandl. einiger zivilrechtl. Gegenstände. Abh. 2. („Bestimmung der Grenzen der institor. Klagen"), Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 1. S. 288 fgg., Unterholzner I. S. 413 fgg., Koch II. S. 507 fgg., Thöl, Handelsr. 1. §. 20 fgg., *Anckelmann* de l. 1. §. 1. de exerc. act. Berol. 1848, Buchka, Stellvertret. S. 37 fgg. Vgl. auch Ruhstrat im Arch. für Oldenb. Recht Bd. I. H. 1. Nr. 2. S. 12 fgg. („Bemerkungen über außergerichtliche Repräsentation").

1) §. 1. 2. J. quod cum eo, qui in al. pot. est (4, 7): Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. §. 2. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit; ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit; ideo autem institoria vocatur, quia qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas autem duas actiones praetor reddit, etsi liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

2) *Ulp.* l. 13. pr. de instit. act.: Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis

accipiendis; acceperat mutuam pecuniam; putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse; licet consumta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait. Vgl. Basil. XVIII. 1. 13. und die interessanten Scholien dazu in der von C. Zachariä besorgten Ausgabe des lib. XVIII. tit. 1. Basilic. Heidelb. 1842. p. 20 sqq.

3) *Paul.* l. 17. §. 2. 3. eod.: Si impubes patri habenti institores heres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus; quemadmodum ubi post mortem tutoris, cujus auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahitur. §. 3. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit; non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat. Vgl. Glück a. a. O. S. 261 fgg.

4) *Ulp.* l. 5. §. 10. eod.: Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. — Diese vielfach mißverstandene Stelle ist so aufzufassen: Ein Fullo, welcher eine weitere Reise zu machen im Begriff ist, ersucht Jemanden, über seine Lehrlinge, denen er seine eingerichtete Werkstätte überlassen hat, Aufsicht zu führen. Nach seiner Abreise nimmt Einer dieser Lehrlinge Kleidungsstücke zum Reinigen an, und entflieht damit. Bei der Frage, ob der Fullo deßhalb belangt werden könne, ist zu unterscheiden, ob der mit der Aufsicht Beauftragte bloser Prokurator des Fullo ist, oder ob er als Faktor angestellt ist. Im ersteren Falle — in welchem, da kein Faktor ernannt ist, das Geschäft stille steht — durfte dem Lehrling das Kleid nicht anvertraut werden, und wenn dies doch geschehen ist, so hat der Fullo für den daraus entstandenen Schaden nicht einzu-

stehen, was sich dagegen im andren Falle, in welchem, eben weil ein Faktor ernannt ist, der Geschäftsbetrieb seinen Fortgang nimmt, offenbar anders verhält, weßhalb hier denn auch die actio institoria gegen den Fullo angestellt werden kann. Hätte der Fullo bei seiner Abreise seinen Kunden erklärt, sie könnten seinen Arbeitern ihre Kleider anvertrauen, dann haftet derselbe natürlich im Falle etwaiger Veruntreuung unmittelbar mit der Klage aus dem Dienstmiethe-Vertrage. Vgl. auch Basil. XVIII. 1. 5. — Die richtige Erklärung finde ich angedeutet bei Mühlenbruch, Zession 3. Aufl. S. 143. Not. 287. und bei Kritz a. a. O. S. 315 fgg., welchem Letztern ich nur darin nicht beistimmen kann, daß er die Worte: quibus tabernam instructam tradiderat viel zu gekünstelt so überträgt: „mit denen versehen der Fullo die Werkstätte [einem Andren] übergeben hatte". — Für irrig muß ich die Auslegung von Treitschke im deutschen Korp. jur. Bd. II. S. 153. und Thöl a. a. O. S. 106. (3. Aufl. S. 149.) Not. 4. halten, wornach der entflohene Lehrling als Prokurator und Institor gedacht, und daher discipulis suis für *ceteris* fullonis discipulis genommen werden soll. Ganz verfehlt und sinnentstellend scheint mir endlich die Konjektur von Puchta, Pand. §. 278. Not. d, welcher statt imperaret lesen will: imperarem, wodurch dann der Sinn entstehen soll: Ein verreisender fullo ersuchte seine Kunden, über seine Lehrlinge zu befehlen, d. h. ihnen auch während seiner Abwesenheit Arbeiten aufzutragen. Mir scheint es nicht zweifelhaft, daß unter dieser Voraussetzung der fullo immer wegen der entwendeten Kleidungsstücke des Kunden haften müßte, möchte der diebische Lehrling als procurator oder als institor angestellt gewesen sein. (Die Gegenbemerkung Rudorff's bei Puchta a. a. O. beruht m. E. auf einem offenbaren Mißverständniß nicht blos dessen, was ich hier gegen Puchta bemerkt habe, sondern auch der Ansicht von Puchta selbst, welche Rudorff in Schutz nehmen will).

5) §. 8. J. quod cum eo (4, 7): Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium

gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur. — L. 17. §. 5. de instit. act. Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 54 fgg., Chambon, Beiträge zum Oblig. R. I. S. 257 fgg., Savigny, Oblig. II. S. 33 fgg.

Anm. Im Allgemeinen gilt die unzweifelhafte Regel, daß der Dritte, welcher mit dem Institor, Magister oder Mandatar kontrahirt hat, die Wahl hat, ob er die actio adjectitiae qualitatis gegen den Mandanten anstellen, oder unmittelbar gegen den Mandatar, als seinen eigentlichen Kontrahenten klagen will, l. 1. §. 17. de exerc. act.

Ulp. „Est autem nobis electio, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus",

l. 5. §. 1. eod.:

Paul. „Item si servus meus navem exercebit, et cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit, quominus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel jure civili vel honorario competit; ***nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quominus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio sed adjicitur***";

vgl. l. 1. §. 24. eod., l. 17. §. 1, l. 19. pr. de instit. act. Viele ältere und neuere Juristen fügen aber dieser Regel die wichtige Beschränkung bei, daß der Institor nicht als Selbstschuldner, sondern nur mit dem Vermögen des Prinzipals verhaftet sei, und die Exekution an diesen verweisen könne, und daß er überhaupt nur so lang belangt werden dürfe, als er wirklich noch Institor sei, vgl. z. B. Glück XIV. S. 196. S. 256 fgg. und die dort Angeff., Thibaut, Syst. §. 525, v. Bülow, Abhh. Bd. I. S. 322 fgg., Thöl, Handelsr. erste Aufl. I. S. 77, Kritz a. a. O. S. 323; s. auch die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei Buchka, Stellvertr. S. 214 fgg. Hält man aber fest, daß auch nach Einführung der actiones adjectitiae qualitatis gegen den Prinzipal, der Institor doch nicht aufgehört hat, der eigentliche Kontrahent zu sein, so fordert es die Konsequenz, daß gegen ihn auch die Klage noch immer in demselben Umfange angestellt werden darf, wie wenn der Prinzipal gar nicht im Hintergrunde stände, und dahin führen denn auch offenbar die oben angeführten Gesetze, welche ganz allgemein dem Dritten die Wahl lassen, ob er gegen den Prinzipal oder gegen den Institor klagen wolle, ohne im letztren Falle jener angeblichen Beschränkung irgend zu erwähnen. Daß sich die Gegner nicht auf solche Gesetze berufen

dürfen, in welchen für Tutoren und Kuratoren, also für unfreiwillige Vertreter auf eine solche Beschränkung hingedeutet wird, vgl. z. B. l. 43. §. 1. de adm. tut. (26, 7), l. 15. C. eod. (5, 37), versteht sich von selbst, und eben so unzulässig ist offenbar die Berufung auf l. 4. pr. de re judic. (42, 1), indem hier nur vom Prozeß-Prokurator gesagt wird, daß er die, nach strengem Rechte in Folge des dominium litis gegen ihn allerdings begründete actio judicati von sich ab- und auf die eigentliche Parthei hinlenken könne. Die einzige Stelle, die mit einigem Scheine für die gegnerische Meinung angeführt werden kann, ist die l. 20. (ult.) de inst. act.:

> *Scaevola.* „L. Titius mensae numulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Cajo Sejo cavit in haec verba: *Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Majas.* Quaesitum est, L. Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio ad fidem mensae praestandam scripsisset“.

Offenbar hat aber der Institor im Falle dieses Gesetzes gar keine Schuld kontrahirt, sondern er stellt nur einen Schein über das Dasein der Forderung aus, also des Beweises wegen, und da lassen denn allerdings weder Recht noch Billigkeit eine persönliche Haftung des Institors zu. Ganz so fassen auch die Basiliken XVIII. 1. 20. unsre Stelle auf: „τοῦτο γὰρ δι' ἀπόδειξιν μόνην ἐποίησεν“ (hoc enim probationis causa tantum fecit); vgl auch die Scholien hierzu bei *Zachariae* l. c. p. 25 sqq.). S. auch überhaupt Ruhstrat a. a. O. S. 42 fgg. und im ziv. Arch. XXX. S. 340 fgg., Buchka a. a. O. S. 44 fgg., Thöl, Handelsr. 3. Aufl. I. S. 105 fgg.

Hiernach muß also auch noch für das Justinianische Recht der Grundsatz aufgestellt werden, daß der, welcher mit einem Institor kontrahirt hat, unbedenklich auch diesen Institor selbst belangen kann, ohne sich die Verweisung auf den Prinzipal gefallen lassen zu müssen. Für unser heutiges Recht versteht sich jedoch in Gemäßheit der oben §. 608. Anm. S. 313 fgg. entwickelten Grundsätze die Modifikation von selbst, daß wenn der Institor berechtigter Weise im Namen des Prinzipals das Rechtsgeschäft abschließt, er nicht selbst obligirt wird, sondern nur gegen den Prinzipal Klage erhoben werden kann.

d) Beendigung des Mandats. §. 662.

Glück XV. S. 331 fgg., Gesterding a. a. O. S. 208 fgg. („Vom Erlöschen des Mandats durch Tod und Widerruf").

1) §. 9. 11. J. h. t.: Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. — — §. 11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est, susceptum autem consummandum aut quam primum renunciandum est, ut per semet ipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur; nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi justa causa intercessit aut non renunciandi aut intempestive renunciandi. L. 22. §. ult., l. 23—25, l. 27. §. 2. h. t. Vgl. Gesterding in der Gießer Zeitschr. XV. 1. („über die Widerruflichkeit des Auftrags").

2) §. 10. J. h. t.: Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin justa et probabilis ignorantia damnum tibi afferet. — 3) *Gai.* l. 27. §. 1. h. t.: Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio. (L. 12. §. ult., l. 13. h. t.). Als widerstreitend wird angeführt l. ult. de solut. (46, 3). *Paul.*: Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis, ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte solvitur. Vielleicht ist nach dem Vorschlag von Cujac. obs. l. 38. zu lesen: cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur; vgl. auch Glück a. a. O. S. 336 fgg., Zimmern im ziv. Arch. IV. 19. („über den nach des Mandators Tod zu vollziehenden Auftrag").

e) Von der Assignation insbesondre. §. 663.

Cocceji de assignationibus (in exercit. curios. II. no. 33) ed. nov. Rottenb. 1820, Cropp in seinen und Heise's jur.

Abh. II. 13, Thöl, Handelsr. I. §. 121 fgg., S. 461 fgg. Vgl. auch Mühlenbruch, Zession S. 226 fgg.

B. Negotiorum gestio.

Dig. III. 5, Cod. II. 19. de negotiis gestis. — Glück V. S. 318 fgg., Kritz, Pand. Recht Th. I. Bd. 1. S. 348 fgg., Wächter im ziv. Arch. XX. 11. („Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio"), Heimbach im Rechtslex. VII. S. 326 fgg., Chambon, die negot. gestio. Leipzig 1848, Ruhstrat im ziv. Arch. XXXII. S. 173 fgg., XXXIII. S. 25 fgg. S. 213 fgg., XXXIV. S. 59 fgg., Brinkmann, Verhältniß der a. comm. div. und der a. negotior. gestor. zu einander. Kiel 1855. S. 13 fgg., Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Jena 1855. S. 103 fgg., Dankwardt, die negotior. gestio. Rostock 1855. — Unterholzner II. S. 600 fgg., Koch III. S. 492 fgg., *Molitor* II. p. 434 sqq.

a) Von der negotiorum gestio im Allgemeinen.

aa) Begriff und Erfordernisse. §. 664.

1) *Ulp.* l. 3. pr. conj. l. 1. h. t.: Ait Praetor: *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* — Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium vertitur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant.

2) *Gai.* l. 3. pr. de O. et A. (44, 7): Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est, ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu, neque ex maleficio actiones nascuntur;

neque enim is, qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est, sine mandato suscipere negotiorum administrationem; longe magis is, cujus negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse, aut deliquisse intelligi potest; sed utilitatis causa receptum est, invicem eos obligari. — Cf. §. 1. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27 [28]).

3) *Ulp.* l. 10. §. 1. h. t.: Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum, idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat et damni infecti nomine eam derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur. Juxta hoc est et quod Julianus scribit, eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero, quid, si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum.

Anm. — I. Eine negotiorum gestio ist dann vorhanden, wenn Jemand fremde Geschäfte, ohne Auftrag dazu erhalten zu haben, und auch nicht von Amtswegen führt. Es müssen also

1) fremde Geschäfte sein (s. über diesen Begriff Chambon S. 7 fgg.), und führt Jemand in der That eigene Geschäfte, so ist dies keine negotiorum gestio, sollte er auch aus noch so gutem Grunde die Geschäfte für fremde halten, l. 6. §. 4. h. t.

2) Es darf kein Auftrag vorhanden sein. Daß der Geschäftsführer irriger Weise glaubt, es sei ein Mandat da, hindert die actio negotiorum gestorum nicht, l. 5. h. t., und auch dann

kann dieselbe begründet sein, wenn zwar ein Auftrag vorhanden, aber doch keine actio mandati begründet ist, l. 19. § 2. h. t., l. 14. §. 15. de relig. (11, 7), l. 7. ad SC. Vellej. (16, 1). Ob und inwiefern das Wissen des dominus negotiorum einen Auftrag involvire, ist eine quaestio facti, welche nach den allgemeinen Grundsätzen über consensus tacitus beurtheilt werden muß, und über den Einfluß der Ratihabition soll noch nachher bei III. gesprochen werden. Hat Jemand im Auftrage eines Dritten meine Geschäfte besorgt, so versteht es sich von selbst, daß zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten die Mandatsklagen Platz greifen, l. 28. h. t., während zwischen mir und dem Geschäftsführer zwar keine Mandatsklage, l. 53. mandati (17, 1), aber allerdings die actio negotiorum gestorum begründet ist, l. 3. §. ult., l. 4. h. t., l. 14. C. h. t., Thibaut, civ. Abhh. Nr. 20. S. 467 fgg.; daß der dominus negotiorum in solchem Falle den dritten Mandanten nach Verschiedenheit der Fälle mit der actio negot. gestor. oder mit der actio mandati belangen kann, ist von selbst klar, l. 21. §. 3, l. 28. h. t.

II. Die eben angegebenen Merkmale genügen, um die actio negotiorum gestorum *directa* zu begründen. Damit aber auch dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn eine Klage zustehe, damit also auch die actio neg. gest. *contraria* begründet werde, müssen noch folgende weiteren Erfordernisse hinzutreten.

1) Vor allen Dingen ist erforderlich, daß die gestio in der Absicht geschehen ist, um dadurch einen Andren zu obligiren, l. 29. pr. comm. divid. (10, 3): „— — negotia eo animo gerit, *ut aliquem sibi obliget*“, l. 14. §. 1. eod.: „hoc enim casu — — tantum retentionem habeo, *quia neminem mihi obligare volui*“. Daraus folgt:

a) Wenn Jemand fremde Geschäfte irrig als die seinigen führt, so kann zwar allerdings gegen ihn die actio neg. gest. directa angestellt werden, l. 49. h. t., vgl. l. 19. C. h. t., l. 3. C. de R. V. (3, 32) (s. jedoch auch Brinkmann a. a. O. S. 19 fgg. Anm. 2), aber er selbst kann nicht die actio negot. gest. contraria gegen den dominus negotiorum gebrauchen, l. 14. §. 1, l. 29. pr. comm. divid. (10, 3), l. 33. fin. de cond. indeb. (12, 6), l. 14. de doli mali et met. exc. (44, 4), Kämmerer in der Gießer Zeitschr. VIII. S. 137 fgg, S. 161 fgg., S. 341 fgg. Dies leidet aus naheliegenden Billigkeitsgründen nur dann eine Ausnahme, wenn durch solche Geschäftsführung der dominus negotiorum von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit wirklich liberirt worden ist, l. 49. h. t.:

African. „Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit,

ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses. *Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer*",

denn daß hier Afrikan die actio contraria deßhalb zuläßt, weil der wahre Erbe liberirt sei, ist augenscheinlich, vgl. auch Basil XVII. 1. 49. („ἠλευθέρωμαι γάρ"). In der Regel werden wir aber dadurch, daß ein Dritter, welcher sich selbst für den Schuldner hält, unsre Schuld bezahlt, gar nicht liberirt, l. 31. init. de H. P. (5, 3), l. 17. de solut. (46, 3), und dies ist auch namentlich der Fall, wenn der putative Erbe Erbschafts-Schulden oder Vermächtnisse bezahlt, s. oben §. 508 Anm. (Bd. II. S. 416 fgg.), und eben darum kann in der Regel von der actio negotior. gestor. keine Rede sein, sondern der Dritte kann nur die condictio indebiti gegen den Empfänger anstellen. In dem von Afrikan in l. 49. cit. behandelten Falle verhält sich dies aber anders, weil hier der putative Erbe seine eigne *species*, welche den Gegenstand des Vermächtnisses bildete, an den Legatar herausgegeben, und dadurch allerdings den wahren Erben liberirt hatte, vgl. auch Kämmerer a. a. O. S. 341 fgg. Andre Anwendungen der Regel, daß die actio neg. gest. contraria dann statthaft ist, wenn der dominus negotiorum wirklich von einer Zwangsverbindlichkeit befreit worden ist, sollte auch der gestor der Meinung gewesen sein, sein eignes Geschäft zu besorgen, finden sich noch in l. 14. §. 11, l. 32. pr. de relig. (11, 7), wornach die actio funeraria — die im Wesentlichen offenbar nur eine actio neg. gestor. contraria ist — auch dann angestellt werden kann, wenn Jemand in der Meinung, er sei Erbe, das Begräbniß des Erblassers besorgte, denn daß durch die von dem putativen Erben vorgenommene Beerdigung der wahre Erbe liberirt wird, geht aus der Natur der Sache hervor, und ferner in l. 50. §. 1. de H. P. (5, 3), wornach der putative Erbe, welcher ein im Testamente angeordnetes Monument für den Erblasser errichtet hat, von dem wahren Erben vermittelst der actio neg. gest. contraria Ersatz verlangen kann, denn hier verhält es sich augenscheinlich ganz eben so, wie in dem Falle der actio funeraria. In diesen Gesetzen mit Kämmerer a. a. O. S. 166 fgg. ganz einzeln stehende, singuläre Bestimmungen zu sehen, in denen ein besonderer favor funeris et religionis vorwaltend gewesen sei, l. 12. §. 3, l. 14. §. 7. 13. de relig. (11, 7), l. 1. §. 6. de mortuo. infer. (11, 8), ist gewiß unzulässig, da sie sämmtlich sich sehr einfach auf den vorher angedeuteten, gewiß sehr natürlichen Grundgedanken zurückführen lassen, vgl. auch Chambon S. 144 fgg., Flach, Entscheid. Th. III.

S. 12 fgg. Auf der andren Seite kann es aber freilich noch weniger gebilligt werden, auf diese Gesetze den allgemeinen Satz gründen zu wollen, daß im neueren Rechte allgemein eine actio neg. gest. utilis statthaft sei, wenn auch der Geschäftsführer geglaubt haben sollte, sein eigenes Geschäft zu besorgen, obwohl doch diese Lehre sowohl unter älteren als neueren Juristen zahlreiche Vertheidiger gefunden hat, vgl. die Nachweisungen bei Glück V. S. 347, Kämmerer a. a. O. S. 138, u. s. auch noch Ruhstrat cit. XXXIV. S. 68 fgg. und Stintzing in d. Heidelb. krit. Jahrb. III. S. 169 fgg. — Wenn nun hiernach auch die Klage einem solchen gestor der Regel nach versagt werden muß, so versteht es sich doch nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß er sich der Retentions-Einrede bedienen darf, l. 14. §. 1. comm. divid. (10, 3), und weiß der gestor, daß er fremde Geschäfte führt, und irrt sich nur in der Person des dominus negotiorum, so kann er ungeachtet solchen Irrthums selbst auch die *actio* neg. gest. contraria gegen den Geschäftsherrn gebrauchen, l. 5. §. 1, l. 6. §. 8. 11, l. 45. §. 2. h. t., l. 14. §. 1. comm. divid. (10, 3); s. jedoch auch l. 6. §. 6. h. t. und Ruhstrat cit. S. 74 fgg.

b) Aus dem obigen Grundsatze folgt auch von selbst, daß von einer actio neg. gest. contraria keine Rede sein kann, wenn die fremden Geschäfte in der erkennbaren Absicht geführt wurden, dadurch einen Akt der Liberalität oder Pietät auszuüben, l. 4, l. 27. §. 1, l. 34, l. 44. h. t., l. 14. §. 7. de relig. (11, 7), l. 5. §. 14. de agn. v. al. liber. (25, 3), l. 11. 12. 15. C. h. t.

c) Wenn Jemand fremde Geschäfte nicht mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn, sondern eignen Vortheils wegen führt, so hängt es von dem Ermessen des dominus ab, ob er diese gestio anerkennen will, und abgesehen davon kann von einer actio neg. gestor. contraria nur insoweit die Rede sein, als der dominus dadurch wirklich bereichert ist, l. 6. §. 3. h. t.:

> *Julian.* „Sed et, si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem".

2) Der dominus negotiorum darf die Geschäftsführung nicht verboten haben. Zwar nahmen doch einige römische Juristen eine actio negot. gest. contraria utilis auf Ersatz der nützlich verwendeten

Auslagen an, aber die verneinende Meinung von Julian, Pomponius und Paulus, l. 8. §. 3. h. t., l. 40. mandati (17, 1), wurde in einer eigenen Dezision von Justinian gebilligt, l. ult. C. h. t., wobei der Kaiser noch die sich freilich auch schon von selbst verstehende Erläuterung hinzufügt, daß ein solches Verbot des dominus natürlich nur von der Zeit an wirksam werden könne, wo es dem gestor bekannt geworden sei.

3) Es liegt in der Natur der Sache, daß Niemand verpflichtet sein kann, eine jede, wenn auch wohlgemeinte und redlich durchgeführte Geschäftsführung eines Andren anzuerkennen, denn wir würden dadurch in der That in unerträglicher Weise den Nützlichkeits-Ansichten Dritter Preis gegeben sein. Vielmehr wird der Regel nach der dominus nur dann obligirt, wenn die Geschäftsführung geschehen ist, um drohenden Schaden abzuwenden, l. 1. h. t., l. 5. pr. fin. de O. et A. (44, 7), §. 1. fin. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27), also in Nothfällen, vgl. auch T. 3, l. 6. §. 6, l. 22. h. t., l. 3. §. 8, l. 5. pr. §. 2. de in rem verso (15, 3) und nur, wenn diese Voraussetzung begründet ist, gilt die Regel, daß der dominus den Zufall tragen muß, und also die Ansprüche des gestor vollkommen begründet bleiben, wenn auch durch Unglücksfälle der wirkliche Eintritt des erwarteten Nutzens verhindert worden ist, l. 10. §. 1, l. 12. §. 2, l. 22, l. 31. pr., l. 32. pr., l. 37. §. 1. h. t., l. 17. pr. de in rem verso (15, 3), l. 22. C. h. t. Hat dagegen Jemand sich über diese Schranken hinaus in fremde Angelegenheiten eingemischt, so hängt es von dem Ermessen des dominus ab, ob er eine solche Geschäftsführung für sich anerkennen will, und abgesehen davon kann er von dem negotiorum gestor nur insoweit in Anspruch genommen werden, als ihm aus der gestio ein reiner pekuniärer Gewinn erwachsen ist, l. 11. 43. h. t., l. 5. pr. de in rem verso (15, 3). Vgl. bes. Wächter a. a. O., und s. jetzt auch Leist a. a. O., dessen Ausführungen im Wesentlichen mit den vorher angedeuteten Grundsätzen übereinstimmen; wenn nämlich derselbe zwischen negotia necessaria, utilia und voluptaria unterscheidet (S. 112 fgg. vgl. mit S. 20 fgg. S. 67 fgg.), und nur bei den erstren eine Haftpflicht des dominus in solidum, bei den zweiten dagegen, abgesehen von dem Fall der Ratihabition, nur bis zum Belauf der Bereicherung, und bei den dritten endlich blos ein jus tollendi des Gestor anerkennt (S. 160. vgl. mit S. 47 fgg., S. 90 fgg.): so enthalten diese Sätze augenscheinlich keine prinzipielle Abweichung von den Wächter'schen oben gebilligten Grundsätzen, sondern nur eine neue, in mehrfacher Beziehung eigenthümliche Begründung und theilweise eine dankenswerthe Präzisirung derselben; vgl. auch Stintzing in der Heidelb. krit. Zeitschrift III. S. 165 fgg. Die

meisten neueren Bearbeiter unsrer Lehre vertheidigen dagegen wirklich abweichende Ansichten. So wollen Kritz S. 352. S. 392 fgg. und Dankwarth S. 26 fgg. die Verpflichtung des dominus auf ein präsumirtes oder vielmehr fingirtes Mandat zurückführen, und stellen demgemäß den Grundsatz auf, daß derselbe immer, aber auch nur dann, in solidum obligirt werde, wenn die Voraussetzung gerechtfertigt sei, daß er, wenn er gekonnt hätte, einen der negotior. gestio entsprechenden Auftrag gegeben haben würde. Chambon S. 51 fgg. S. 71 fgg. nimmt dagegen an, daß der dominus immer nur durch die Ratihabition des für ihn geführten Geschäfts verpflichtet werde; diese Ratihabition sei aber entweder eine freiwillige oder eine gezwungene, und das Letztre sei immer dann der Fall, wenn der gestor das Geschäft so geführt habe, wie der dominus selbst es geführt haben würde. Ruhstrat (XXXII. S. 184 fgg.) endlich gründet die Verpflichtung des dominus lediglich auf den Willen desselben, und zwar nicht etwa auf einen fingirten oder erzwungenen, sondern auf einen wirklichen, erweislichen Willen, der nur nicht bis zu einem Mandate gediehen sei; es sei zwar hier, gerade wie bei dem Mandate, ein übereinstimmender Wille des dominus und des gestor vorhanden, aber keine Willenseinigung, und also kein Vertrag, und nur diese Willenseinigung, nicht der Wille selbst, werde durch das Gesetz supplirt; die objektiven Momente, necessitas oder utilitas negotii, könnten demgemäß niemals als Obligations-Gründe, sondern nur als Beweisgründe für das Dasein der voluntas domini in Betracht kommen. —

III. Außerordentlich bestritten ist es, welchen Einfluß die Ratihabition auf die negotiorum gestio hat, namentlich in Betreff der Frage, ob und inwiefern dadurch die negotiorum gestio in ein Mandat umgewandelt werde? Scävola sagt sehr bestimmt, daß ungeachtet der Ratihabition doch die actio negotiorum gestorum begründet bleibe, l. 9. h. t.:

Scaevola. „Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat, nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quoad utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exe-

gerit, et probaverim, quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? *Nam utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio*";

(vgl. über diese oft mißverstandene Stelle *J. L. Conradi*, de cap. VIIII. tit. Dig. de neg. gest. Lips. 1757, *C. Th. Welcker*, diss. jurid. inaug. interpretationem exhibens leg. 9. de neg. gest. juncta l. 60. de R. J. Giess. 1813. p. 14 sqq., *Busse*, de ratihabitione. Lips. 1834. p. 46 sqq., Fritz a. a. O. S. 399 fgg., Chambon S. 60 fgg., Ruhstrat cit. XXXIII. S. 237 fgg., Leist S. 113 fgg.) und hiermit stimmen auch andre gesetzliche Aussprüche vollkommen überein, l. 6. §. 9. 10. h. t., l. 50. pr. mandati (17, 1), l. 80. §. 5. de furt. (47, 2), l. 9. C. h. t., l. 3. C. de R. V. (3, 32), l. 3. C. de contr. et committ. stipul. (8, 38). Eben so bestimmt spricht sich aber Ulpian in l. 60. de R. J. für das Gegentheil aus,

Ulp. „Semper, qui non prohibet, pro se intervenire, mandare creditur. *Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione*",

und mit diesem Ausspruche sind auch noch die bekannten gesetzlichen Grundsätze über Rückziehung der Ratihabition (vgl. Bd. I. §. 88), und der öfter wiederholte Satz, daß selbst bei Delikten Ratihabition dem Mandate gleich zu stellen sei, vgl. z. B. l. 1. §. 14, l. 3. §. 10. de vi et vi arm. (43, 16), l. 152. §. 2. de R. J., in Verbindung zu bringen. Ueber die sehr zahlreichen Versuche, die anscheinend widerstreitenden Gesetze mit einander in Einklang zu bringen, vgl. die reichhaltigen Nachweisungen bei Glück V. S. 333 fgg., XV. S. 247, Thibaut, Versuche Band II. Nr. 10, *Welcker* l. c. p. 8 sqq., *Busse* l. c. p. 58 sqq., Chambon S. 57 fgg., Ruhstrat cit. XXXIII. S. 230 fgg., Leist S. 143 fgg., Stintzing a. a. O. S. 174 fg. Erwägt man, daß die Ratihabition ein einseitiger Akt des dominus negotiorum ist, und daß also dadurch schon der Natur der Sache nach auch nur die Rechtsverhältnisse des Ratihabenten verändert werden können, so spricht schon von vornherein viel für die Meinung, welche besonders von Welcker a. a. O. vertheidigt wird, daß nach erfolgter Ratihabition zwar wohl der dominus negotiorum sich auch für die vorhergehende Zeit als Mandant behandeln lassen muß, und deßhalb nicht blos die a. negot. gestor. contraria (l. 9. cit.) sondern auch, wenn es der gestor vorzieht, die actio *mandati* contraria (l. 60 cit.) gegen ihn angestellt werden kann, daß sich dies aber in Betreff des negotiorum gestor anders verhält, und gegen diesen also immer nur die actio *negotiorum gestorum* directa gebraucht werden darf; vgl. auch Thibaut a. a. O. (in dem Zu-

säße der zweiten Aufl.), Mejer in Schweppe's Handb. Band III. S. 505. Not., Wening, Lehrb. §. 306. bei Not. d, Unterholzner II. S. 603. nr. XI. Mit dem gewiß sehr verständigen Resultate dieser Unterscheidung, wornach durch die Ratihabition von Seiten des Geschäftsherrn zwar wohl Vortheile, aber keinerlei Nachtheile für den Geschäftsführer erwachsen können — vgl. auch l. 39. h. t: „naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse" —, stimmen denn auch unsre Gesetze vollkommen überein, denn überall, wo der Ratihabition rückwirkende Kraft beigelegt, oder wo sie dem Mandate äquiparirt wird, ist immer nur das Rechtsverhältniß des Ratihabenten in's Auge gefaßt, und namentlich ist in der Hauptstelle, in l. 60. de R. J., augenscheinlich nur von der actio mandati *contraria* die Rede. Dahin führen denn auch die gesetzlichen Aussprüche, in denen die einzelnen Wirkungen, welche die Ratihabition auf die negotiorum gestio äußert, besprochen werden, indem sie ohne Ausnahme auf den Satz zurückgeführt werden können, daß der ratihabirende *dominus* negotiorum, sowohl dem gestor als auch Dritten gegenüber, als Mandant zu behandeln ist. Es gehören hierher besonders folgende:

1) Wenn die negotia auch nicht utiliter coepta oder gesta sind, so muß der Ratihabent dennoch alle Nachtheile tragen, ohne daß der gestor deßhalb weiter responsabel wäre, nicht anders, wie wenn der dominus dem gestor die Besorgung der Geschäfte gerade in der Weise aufgetragen hätte, wie dieser sie geführt hat, l. 9. h. t., woraus auch von selbst hervorgeht, daß dem gestor nach geschehener Ratihabition alle, auch die blosen impensae voluptuariae ersetzt werden müssen.

2) Wenn der gestor ein *indebitum* eingenommen, und der dominus dies ratihabirt hat, so kann der, welcher das indebitum zahlte, gegen den dominus eben so die condictio gebrauchen, wie wenn dieser den gestor zur Empfangnahme bevollmächtigt hätte, l. 6. §. 9. h. t., l. 14. de cond. causa data (12, 4), l. 80. §. 5. de furt. (47, 2).

3) Wenn der gestor Sachen des dominus veräußert hat, so darf nach geschehener Ratihabition eine solche Veräußerung eben so wenig angefochten werden, wie wenn sie im Auftrage des dominus geschehen wäre, l. 3. C. de R. V. (3, 32), vgl. l. 16. §. 1. de pignor. (20, 1), l. 19. C. h. t.

4) Wenn der gestor Rechtsgeschäfte mit Dritten abgeschlossen, und der dominus dieselben ratihabirt hat, so hat der Dritte dieselben Klagen gegen den dominus, wie wenn das Rechtsgeschäft in seinem

Auftrage abgeschlossen wäre, l. 7. §. 1. fin. C. quod cum eo, qui in al. pot. (4, 26). —

Bisher ist die Rede von den Wirkungen gewesen, welche die Ratihabition für die, ihr vorhergegangene Zeit, äußert. Sehr oft enthält sie dagegen für die Zukunft ein wahres Mandat, und begründet also wechselseitige Mandatsklagen. Wann dies aber der Fall sei, ist eine aus den Umständen zu beantwortende faktische Frage.

---

bb) Verbindlichkeiten der Interessenten. §. 665.

cc) Verhältniß der Interessenten zu Dritten. §. 666.

b) Insbesondere von der Besorgung eines Begräbnisses. §. 667.

Dig. XI. 7. de religios. et sumtibus funerum. — Glück XI. S. 421 fgg., Unterholzner II. S. 655 fgg., Chambon a. a. O. S. 197 fgg.

1) *Ulp.* l. 12. §. 2. h. t.: Praetor ait: *Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* (§. 3.) Hoc edictum justa ex causa propositum est, ut qui funeravit, persequatur id, quod impendit, sic enim fieri, ne insepulta corpora jacerent, neque quis de alieno funeretur. — 2) *Idem* l. 14. §. 13. eod.: Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget.

3) *Idem* l. 14. §. 12. h. t.: Labeo ait, quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse; et ideo, si familiae herciscundae agere possit, funeraria non acturum, plane si jam familiae herciscundae judicio actum sit, posse agi. — Schneider, die allgem. subsid. Klagen des röm. Rechts S. 500 fgg.

5) Verträge zum Zweck der außergerichtlichen Aufhebung von Rechtsstreitigkeiten.

A. Vergleich.

Dig. II. 15, Cod. II. 4. de transactionibus. — Glück V.

S. 1 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Risch, die Lehre vom Vergleiche. Erl. 1855. — Unterholzner I. S. 658 fgg., Koch III. S. 912 fgg., *Molitor* III. p. 286 sqq.

a) Begriff und Erfordernisse. §. 668.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

2) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 38. C. h. t.: Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit.

3) *Ulp.* l. 8. pr. h. t.: Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesente, D. Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta. Solet igitur Praetor intervenire et inter consentientes arbitrari, an transactio vel quae admitti debeat. — Sc. *Gentilis* lib. sing. de alimentis ad orationem D. Marci. Frfti 1616. (auch in Ejusd. opp. tom. III. p. 333 sqq.), Glück a. a. O. S. 51 fgg., Risch a. a. O. S. 100 fgg.

4) *Gai.* libr. XVII. ad Edict. provinciale, l. 6. h. t.: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Vgl. l. 1. testam. quemadmod. aperiant. (*Gai.* libr. XVII. ad Edict. provinc.): Omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. — — (§. 1.) Ratio autem hujus Edicti manifesta est; neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. — Glück a. a. O. S. 25 fgg., Risch a. a. O. S. 108 fgg. Vgl. auch Hufnagel, Mittheil. I. Nr. 15.

Anm. Es ist ein unzweifelhafter Grundsatz des römischen Rechts, daß ein nach rechtskräftigem Urtheile abgeschlossener Vergleich völlig nichtig ist, sofern nicht etwa über das Dasein einer solchen rechtskräftigen

Sentenz unter den Partheien gestritten wird, l. 23. §. 1. de cond. indeb. (12, 6):

Ulp. „Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. Hoc enim Imperator Antonius cum Divo Patre suo rescripsit; retineri tamen atque compensari in causam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. Quid ergo, si appellatum sit, vel hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit, vel an sententia valeat? Magis est, ut transactio vires habeat, tunc enim rescriptis locum esse credendum est, quum de sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest, transigitur“;

l. 7. pr. §. 1., l. 11. h. t., l. 32. C. h. t. *Paul.* rec. sent. I. 1. 5, *Cod. Gregor.* lib. I. tit. 2. c. 3. 5. 8. 9. nach der Hänel'schen Ausg.: c. 1. de transact. (1, 11), c. 2. de pact. (1, 10), c. 3. 4. de transact. (1, 11), *Cod. Hermog.* IV. 3, *Cod. Theod.* II. 9. 2, *Consult. vet. Icti* §. 4. 7. 9. Offenbar ist dieser Satz auch nur die konsequente Folge aus dem Begriffe des Vergleichs, wonach ja immer eine res dubia vorausgesetzt wird (T. 1), und er ist auch gewiß sehr verständig, wenn man nur von dem Vergleiche ein animo donandi abgeschlossenes pactum de non petendo gehörig unterscheidet. Das letztere ist unbedenklich auch nach rechtskräftigem Urtheil möglich, und wenn also der Sieger post rem judicatam etwa aus Mitleiden mit dem Schuldner, oder um die Weiterungen und Unannehmlichkeiten der Exekution zu vermeiden, demselben einen theilweisen Nachlaß gewährt, in dem vollen Bewußtsein, daß ihm ein sicheres Recht zusteht, so ist ein solcher Vertrag vollkommen giltig, vgl. auch *Paul.* l. c.: „Post rem judicatam pactum, ***nisi donationis causa interponatur,*** servari non oportet“, Glück a. a. O. S. 34 fgg., Thibaut im civ. Arch. VIII. 12, IX. 22, Goldschmidt, ebendas. IX. 5., Rudorff in der gesch. Zeitschrift XIV. S. 334 fgg., Risch a. a. O. S. 74 fgg. Da übrigens die Ungiltigkeit eines Vergleichs post rem judicatam aus innern Gründen hervorgeht, so kann es nach allgemeinen Grundsätzen nicht zweifelhaft sein, daß der deutschrechtliche Satz über die Klagbarkeit aller Verträge hierauf keinen Einfluß äußern kann. Doch ist dies allerdings schon öfters behauptet worden, und man beruft sich dafür nicht ohne Schein auf l. 32. C. h. t.

Dioclet. et *Maxim*: „Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Proinde ***si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem***

peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit",

womit wohl auch noch *Paul*. rec. sent. I. 19. 2:

„Ex his causis, quae infitiatione duplantur, *pacto* decidi non potest"

in Verbindung gebracht wird. Aus diesen Stellen soll nämlich hervorgehen, daß nur der in Gestalt eines blosen Paktum abgeschlossene Vergleich post rem judicatam ungiltig gewesen sei, während dann, wenn die zivilrechtliche Stipulation hinzugetreten sei, sich dies anders verhalten habe; und wäre dies gegründet, so würde daraus allerdings von selbst folgen, daß h. z. T. jeder Vergleich nach rechtskräftigem Erkenntniß statthaft sein müsse. Obwohl man nun die l. 32. C. cit. gewiß nicht mit *Donell*. ad h. l. (in opp. tom. VII. p. 370 sqq.) und Thibaut a. a. O. dadurch beseitigen kann, daß man in dem Passus: si non Aquil. stipul. rel. das *si* nicht konditionell nehmen dürfe, sondern es durch *quia* oder *quando quidem* erklären müsse, vgl. dagegen auch Goldschmidt a. a. O., und Francke in Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 45: so darf dennoch nicht aus diesem Gesetze gefolgert werden, daß ein — wie man sich auszudrücken pflegt — in Stipulations-Form abgeschlossener Vergleich post rem judicatam giltig gewesen sei. Vielmehr verhält es sich hiermit einfach so. Einem Transakte — welcher als nuda conventio weder die Wirkung einer novatio, noch auch Klagbarkeit hatte, und blos ope exceptionis wirkte — pflegten bei den Römern zivilrechtliche Garantien hinzu zu treten, und zwar wurde, um das vergleichsweise aufgegebene Recht ipso jure aufzuheben, gewöhnlich eine stipulatio Aquiliana und hierauf eine Acceptilation abgeschlossen, l. 2. 15. h. t., und um den durch den Vergleich begründeten neuen Anspruch klagbar zu machen, diente eine Stipulation, vgl. z. B. l. 6. 9. 17. C. h. t. War nun ein Transakt, weil er post rem judicatam abgeschlossen war, nichtig, aber es hatten die Transigenten dennoch jene zivilrechtlichen Geschäfte zugefügt, so war die konsequente Folge, daß die *stipulatio Aquiliana* und die darauf folgende Acceptilation ganz ihre gewöhnlichen Wirkungen äußerten, ohne daß die Ungiltigkeit des Transakts hieran etwas hätte ändern können, denn da der nichtige Transakt blos das Motiv, aber nicht das Fundament der neuen durch die stipulatio Aquiliana begründeten Obligation war, so wurde allerdings ungeachtet des nichtigen Transakts die actio judicati durch Novation, und die dadurch begründete neue Obligation durch Acceptilation aufgehoben, vgl. auch außer l. 32. cit., arg. l. 4. 15. 40. C. h. t., *Cod. Greg.* I. 2. 12. (in Hänel's Ausg. c. 5. de transact. (1. 11), *Cons. vet. ICti* §. 9. Was aber die Stipulation anbelangt, durch welche der Transigent

den neuen durch Vergleich begründeten Anspruch klagbar machen wollte, so mußte diese natürlich eben so nichtig sein, wie die nuda conventio, die das Fundament derselben bildete, l. 1. de novat. (46, 2). Obwohl also einem nach rechtskräftigem Erkenntniß abgeschlossenen Vergleich die oben angedeuteten zivilrechtlichen Geschäfte zugefügt wurden, so wurde dadurch der Vergleich keineswegs giltig, sondern es büßte nur der Transigent durch die unvorsichtig angewendete stipulatio Aquiliana und Acceptilation seine actio judicati ein, vgl. bes. E. Sell in sein. Jahrb. für röm. R. Bd. II. S. 53 fgg., und s. auch Rudorff a. a. O. S. 337 fgg., und Risch cit. S. 78 fgg. in der Anm. Dies und nur dies sagt die l. 32. C. cit., und da demnach aus diesem Gesetze nicht gefolgert werden kann, daß bei den Römern ein Vergleich post rem judicatam giltig geworden sei, wenn die Stipulation hinzugetreten sei, so kann auch die Meinung, daß h. z. T. jeder nach einem rechtskräftigen Urtheil abgeschlossene Vergleich ohne Weiteres giltig sei, darin keinerlei Stütze finden.

---

b) Wirkungen. §. 669.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 20. C. h. t.: Non minorem auctoritatem transactionem, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit, siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri.

2) *Arcad.* et *Honor.* l. 41. C. h. t.: Si quis major annis XXV adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum, vel interpellando judicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei omni potentis nomine, eo auctore solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pacto vel transactione illa fuerit consecutus; itaque omnia mox eorum commodo deputabuntur, qui intemerata pacti jura servaverint. Eos etiam hujus legis vel jactura dignos esse jubemus vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, salutem principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum.

B. Compromissum. §. 670.

Dig. IV. 8. de receptis et qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant; Cod. II. 56. de receptis arbitris. — Glück VI. S. 65 fgg., Unterholzner I. S. 650 fgg., Koch III. S. 926 fgg. Vgl. auch Goldschmidt, Abhandl. aus dem deutsch. gem. Zivilproz. Nr. 12. S. 135 fgg., W. H. Puchta, das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit. Erl. 1823.

1) *Ulp.* l. 11. §. 1—5. h. t.: Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit. §. 2. Quod ait Praetor *pecuniam compromissam*, accipere nos debere non, si utrimque poena numaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit, et ita Pomponius scribit. — — — §. 3. Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum; utputa si ambo debitores fuerunt, et pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiae arbitri non paruit. §. 4. Item Julianus scribit, non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non. — 2) *Idem* l. 27. §. ult. eod.: Sed si poena non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.

3) *Idem* l. 27. §. 3. h. t.: Si plures arbitri fuerint, et diversas sententias dixerint, licebit sententia eorum non stari; sed si major pars consentiat, ea stabitur, alioquin poena committetur. Inde quaeritur apud Julianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, qua sententia stetur? Et Julianus scribit, quinque debere praestari, quia in hanc summam omnes convenerunt. — 4) *Idem* l. 17. §. 5—7. eod.: Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere, nam in assumendo possunt dissentire. Sed si ita sit, ut iis tertius assumeretur Sempronius, valet compromissum, quoniam in assumendo dissentire non possunt. §. 6. Principaliter tamen quaeramus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos Praetor debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari enim numero idcirco compromissum admittitur

non quoniam consentire omnes facile est, sed quia, etsi dissentiant, invenitur pars major, cujus arbitrio stabitur. Sed usitatum est etiam in duos compromitti, et debet Praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati pareatur. §. 7. Celsus libro II. Dig. scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius; alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere, quia in plures fuit compromissum, et potuit praesentia ejus trahere eos in ejus sententiam. — Vgl. Glück a. a. O. S. 79 fgg.

5) *Idem* l. 27. §. 2. h. t.: Stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adjicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet. — 6) *Imp. Antoninus* l. 1. C. h. t.: Ex sententia arbitri, ex compromisso jure perfecto aditi, appellari non posse, saepe rescriptum est, quia nec judicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

C. Vertrag über Ableistung eines außergerichtlichen Eides.

§. 671.

Dig. XII. 2. de jurejurando sive voluntario, sive necessario sive judiciali, Cod. IV. 1. de rebus creditis et jurejurando. — Glück XII. S. 178 fgg., Unterholzner I. S. 656 fgg., Koch III. S. 926 fgg., Savigny, Syst. VII. S. 53 fgg.

1) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: — — Si reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur, sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum oneribus actionum se liberabit.

2) *Idem* l. 5. §. 4. eod.: Si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset; proinde, si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, quia ex eo, quod delatum est, juratum non est.

3) *Paul.* l. 2. eod.: Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata. — 4) *Gai.* l. 27. eod.: Jusjurandum etiam loco solutionis cedit. — 5) *Julian.* l. 40. eod.: Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur, est enim hoc acceptilationi simile, perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum repeti potest, utpote quum interposito eo ab omni controversia discedatur.

6) *Paul.* l. 28. §. 10. eod.: Item quum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat — si forte reus extra judicium actore inferente juraverit, se dare non oportere, et actor reo deferente, dari sibi oportere, vel contra — posterior causa jurisjurandi potior habebitur; nec tamen praejudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur, an dare eum oporteat, sed an actor juraverit. Vgl. l. 27. §. 2. de pact. (2, 14), *Cujac.* in lib. XVIII. Pauli ad Edict. ad h. l. (in opp. tom. V. p. 224 sqq.).

7) *Imp. Antoninus* l. 1. C. h. t.: Causa jurejurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec perjurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur.

6) Constitutum. §. 672.

Dig. XIII. 5. de pecunia constituta, Cod. IV. 18. de constituta pecunia. — Glück XIII. S. 361 fgg., Unterholzner II. S. 838 fgg., Koch III. S. 897 fgg., *Reinganum*, de constituta pecunia, praesertim cum quis suo nomine constituat. Heidelb. 1819; vgl. auch Schäffer in Gießer Zeitschr. N. F. IX. S. 88 fgg., Bähr, Anerkennung S. 110 fgg. S. 170 fgg. — Ueber das s. g. constitutum debiti alieni s. oben §. 579. S. 145 fgg.

1) §. 8. J. de act. (4, 6): In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Praetor, veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia; sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, et ea, quasi supervacua, jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. (Cf. *Theoph.* ad h. l., l. 2. C. h. t.) — — — §. 9. De pecunia autem constituta

cum omnibus agitur, quicunque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita, nam alioquin, si stipulanti promiserit, jure civili tenetur.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1, l. 16. §. 2, l. 18. §. 1. h. t.: Ait Praetor: *Si pecuniam debitam constituit,* [l. 16. §. 2.] *si appareat eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est,* [l. 18. §. 1.] *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse* (judicium dabo).

3) *Idem* l. 5. §. 2. h. t.: Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est, non utique, ut is, cui constituitur, creditor sit, nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.

7) Spiel- und Wettverträge. §. 673.

Dig. XI. 5. de aleatoribus, Cod. III. 43. de aleatoribus et alearum usu. — Glück XI. S. 325 fgg., Unterholzner II. S. 305 fgg., Koch III. S. 839 fgg., *Molitor* II. p. 369 sqq. Vgl. auch Ed. Gans, über Spiele und Wetten; in den Beitr. zur Revis. der preuß. Gesetzgebung. Bd. I. S. 164 fgg., Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren. Gött. 1835. S. 237 fgg., S. 260 fgg., v. d. Pfordten, Abhandl. aus d. Pand. Recht S. 327 fgg., Wilda, die Lehre von dem Spiel; in d. Zeitschr. für deutsches Recht Bd. II. S. 133 fgg., Ders., die Wetten; ebendas. Bd. VIII. S. 200 fgg., Schwarze und Heyne, Unters. prakt. wichtiger Materien. Dresd. 1841. S. 84 fgg. („Beitrag zu der Lehre von den Wetten"), Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel Bd. V. S. 148 fgg., Heimbach im Rechtslexikon X. S. 390 fgg.

1) *Paul.* l. 2. §. 1. h. t.: Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat; [*Marcian.* l. 3. eod.] in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

2) *Ulp.* l. 1. h. t.: Praetor ait: *Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore domo ejus subtractum est, judicium non dabo; in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.*

3) *Idem* l. 17. §. ult. de praescr. verb. (19, 5): Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.

Anm. Während Geldspiele der Unterhaltung, und vorzugsweise des Gewinns wegen getrieben werden, wirkt bei den eigentlichen Wetten ein ganz anderes Motiv, indem dabei wesentlich bezweckt wird, bei einem verhandelten Meinungsstreite dem Sieger eine Art von Genugthuung zu verschaffen. Eine Wette ist nämlich dann vorhanden, wenn mehrere Personen, welche einander widerstreitende Behauptungen aufgestellt haben, sich dahin vereinigen, daß derjenige, dessen Behauptung sich als eine irrige erweisen würde, zu einer bestimmten Leistung verpflichtet sein soll. Dabei sind noch insbesondere folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Für den Begriff der Wette ist es völlig gleichgiltig, ob die Behauptung sich auf etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges bezieht, ob die Leistungen, welche von den Wettenden versprochen werden, auf beiden Seiten gleich oder ob sie verschieden sind, und ob die Leistung gerade dem Sieger zu Gute kommen soll, oder nicht. Wenigstens nach deutschem Rechte dürfte das Letztre nicht zu bezweifeln sein, und eine Wette z. B., wornach der Verlierende eine gewisse Summe Geldes an die Armen spenden soll, dürfte h. z. T. gewiß nicht weniger auf rechtliche Anerkennung Anspruch haben, als diejenige, wornach die Wettsumme an den Sieger selbst zu zahlen ist, vgl. auch Wilda a. a. O. VIII. S. 212. Immer aber gehört zum Begriff der Wette, daß wirklich auch von beiden Seiten für den Fall des Verlusts eine Strafe versprochen wird, und ein Vertrag, wornach nur einer der Kontrahenten eine Leistung verspricht, wenn seine Behauptung sich als eine irrige erweisen sollte, trägt nach Verschiedenheit der Fälle bald den Charakter

einer Konventionalstrafe, bald den einer bedingten Schenkung an sich, und muß nach den Grundsätzen dieser Rechtsgeschäfte beurtheilt werden, vgl. auch Schwarze und Heyne a. a. O. S. 88 fgg.

2) Eine Wette ist, ganz anders wie das Spiel, nach gemeinem Rechte ein vollkommen giltiger und klagbarer Vertrag, und in der That dürfte sich auch diese verschiedene legislative Behandlung von Spiel und Wette recht wohl aus der oben im Eingange angedeuteten Verschiedenheit der vorwaltenden Motive bei dem einen und dem andren, in genügender Weise erklären und rechtfertigen, v. d. Pfordten a. a. O., Wilda a. a. O. VIII. S. 210 fgg. Wenn dennoch manche älteren Juristen (vgl. z. B. die bei Glück a. a. O. S. 351. Not. 90. Angff.), und unter den Neueren besonders Puchta §. 258 die Wette ganz gleich mit dem Spiel behandeln, und also auch bei der erstren keine Klage zulassen wollen, so hat dabei offenbar der sehr wahre Gedanke eingewirkt, daß Wetten sehr oft zu wahren Glücksspielen ausarten, und dadurch, unter Voraussetzung der Erlaubtheit der Wetten, das gesetzliche Verbot der Glücksspiele leicht umgangen werden könnte; aber daraus läßt sich doch gewiß nicht folgern, daß alle Wetten für klaglos erklärt werden müßten, und wenn Puchta a. a. O. Not. n dies dadurch rechtfertigen will, weil Spiele nur Komplexe von zusammenhängenden Wetten seien, und dieser Unterschied zwischen Wetten und Spielen zwar wohl eine Verschiedenheit der polizeilichen, aber nicht der zivilrechtlichen Behandlung begründen könne, so ist theils die Prämisse nur halbwahr, theils läßt sich auch gegen die daraus gezogene Folgerung Vieles einwenden, denn es liegt doch gewiß sehr in der Natur der Sache, daß die vereinzelt dastehende Wette als ganz ungefährlich und erlaubt erscheint, während gerade durch den Komplex vieler solcher zusammenhängender Wetten der ganze Akt seinen ursprünglichen Charakter verliert, und die Gesetzgebung zum Einschreiten auffordert. In der That findet sich nun in unsren Gesetzen nirgends ein Verbot der einfachen Wette — denn daß die l. 3. de aleator. (T. 1.) blos von dem s. g. Pariren bei unerlaubten Spielen spricht, kann doch im Ernste nicht bezweifelt werden —, und schon diese Negative reicht hin, um den Wettvertrag als erlaubt und klagbar erscheinen zu lassen, indem, wie vorher angedeutet wurde, ein Schluß von dem Verbote der Spiele auf ein Verbot der Wette nicht nur mißlich, sondern geradezu unzulässig ist. Nun finden wir aber überdies in den Gesetzen sehr bestimmte Hinweisungen auf die Erlaubtheit der Wetten. Wollen wir nämlich auch darauf kein Gewicht legen, daß gerichtliche Wetten sehr häufig waren — man denke an den Sakraments- und den Sponsions-Prozeß —, und wollen wir auch das argum. a contrario aus der l. 3. de aleator. nicht eben hoch an-

schlagen, so geht doch aus l. 17. §. ult. de praescr. verb. (T. 3) mit Sicherheit hervor, daß die Wette an sich, wenn keine inhonesta causa zu Grunde lag, völlig giltig und wirksam war. Von selbst versteht sich übrigens, daß bei den Römern eine Wette nicht schon als nudum pactum klagbar war, sondern es waren dazu entweder wechselseitige bedingte Stipulationen nöthig — in welchem Falle der Sieger die actio ex stipulatu anstellte —, oder es wurden die Wettpreise („pignora") von beiden Seiten einem Dritten — wohl gewöhnlich dem vertragsmäßig bestimmten judex sponsionis — übergeben, von welchem dann der Sieger dieselben mit der actio praescriptis verbis abforderte, l. 17. §. ult. cit., vgl. auch Wilda a. a. O. S. 216 fgg., Rudorff in der geschichtlichen Zeitschrift XIII. S. 195 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 481 fgg.

3) Von dieser Regel der Erlaubtheit und Klagbarkeit der Wette muß aber konsequent dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Wette in ein Spiel ausartet. Es ist in neuerer Zeit behauptet worden, daß dieses nur dann, aber auch immer dann der Fall sei, wenn zu der Entscheidung der Wette irgend eine Thätigkeit der Interessenten oder doch eines der Interessenten erforderlich sei, und daß also gerade darin der charakteristische Unterschied zwischen der wahren klagbaren Wette und einem klagelosen Spiele liege, daß bei der erstren die Entscheidung über den Gewinn ohne alles und jedes Zuthun der Partheien erfolge, vgl. bes. Thöl a. a. O. u. s. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 424 und 425. Not. 1, Wening, Lehrb. 381, Unterh. a. a. O. S. 308. Es ist dies aber eine ganz willkürliche Behauptung, die weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache irgend eine Stütze findet, vgl. auch Wilda S. 209 fgg., und man muß hier gewiß einen andren Weg einschlagen. Geht man nämlich davon aus, daß die Wette ihrem eigentlichen Charakter nach immer als der Ausgangspunkt eines Meinungs-Kampfes erscheint, so muß sich uns die Folgerung von selbst aufdringen, daß dann keine wahre Wette vorhanden ist, wenn der Vertrag nicht das natürliche Ergebniß eines vorausgehenden Meinungsstreites ist, wenn also nicht gewettet wird, weil gestritten war, sondern wenn blos gestritten wird, um zu wetten. In diesem Falle ist ungeachtet des Scheins einer Wette in der Wirklichkeit ein Spiel vorhanden, und unbedenklich müssen dabei die Grundsätze über das Letztre zur Anwendung kommen, vgl. auch Wilda S. 229, Strippelmann S. 153, Heimbach S. 417. Wann dies der Fall sei, wird sich meistens aus den Umständen mit Leichtigkeit ergeben, und dabei werden namentlich der Inhalt des Streits, auf welchen die Wette folgte, die Größe der Wettsumme, so wie auch der Umstand, ob die Wette allein steht, oder etwa eine ganze Reihe von Wetten hinter einander

abgeschlossen wird, in Betracht gezogen werden müssen. Als eine einzelne konsequente Anwendung dieses Grundsatzes erscheint auch namentlich die Bestimmung des römischen Rechts, daß das Pariren bei Spielen keine Klage erzeugen soll, denn auch hier wird offenbar die Wette zu einem Spiele, l. 3. de aleat.

4) Es ist oben schon berührt worden, daß dann, wenn die Wettsumme unverhältnißmäßig groß ist, daraus regelmäßig der Schluß gerechtfertigt sein wird, daß keine wahre Wette, sondern ein Spiel vorhanden ist, woraus von selbst folgt, daß dann gar keine Klage deßhalb statthaft ist. Muß aber doch einmal in einem solchen Falle eine wahre Wette angenommen werden — was allerdings möglich ist —, so dürfte sich gemeinrechtlich ein Moderationsrecht des Richters schwerlich rechtfertigen lassen. Doch ist dies partikularrechtlich öfter vorgeschrieben, und auch eine sehr verbreitete Praxis spricht sich dafür aus, vgl. Glück S. 357. und die dort Angeff., Wilda S. 230 fgg., Strippelmann S. 155 fgg., Heimbach S. 417 fgg.

5) Wenn auch die Wette im Allgemeinen ein vollgiltiger Vertrag ist, so sind dabei doch natürlich die allgemeinen Erforderniße eines Vertrags zu berücksichtigen. So versteht es sich also z. B. von selbst, daß eine Wette ungiltig ist, sofern sie als ein pactum *turpe* erscheint, vgl. l. 17. §. 5. de praescr. verb., und eben so äußert hierbei auch der Dolus eines Kontrahenten ganz die gewöhnlichen Wirkungen. Darum wird z. B. einer Wette, die auf einem Wortspiele oder dgl. beruht, öfter eine justa exceptio entgegengesetzt werden können, und dasselbe findet unter Umständen auch dann Statt, wenn der eine Wettende von der Richtigkeit seiner Behauptung vollkommen überzeugt ist. Daß im letztren Falle die Wette immer reszindirt werden könne, wenn nicht der Wettende ausdrücklich erklärt habe, daß und warum er seiner Sache völlig gewiß sei, dürfte sich freilich kaum rechtfertigen lassen, sondern es läßt sich wohl nur soviel behaupten, daß ein Dolus nur dann angenommen werden könne, wenn der, welcher etwas gewiß weiß, sich den Schein eines Zweifelnden gibt; vgl. auch Glück S. 353 fgg., Wilda S. 233 fgg., Heimbach S. 419 fg.

Fünftes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen aus Delikten und deliktsähnlichen Gründen.

I. Schuldverhältnisse mit dem wesentlichen Zwecke der Abwehr bevorstehender oder schon begonnener Rechtskränkungen.

1) Polizeiliche Interdikte zum Schutze öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse u. dgl. §. 674.

Dig. XLIII. 6. bis XLIII. 15. — Unterholzner II. S. 153 fgg. 160 fgg. 186 fgg.

Anm. Die hierher gehörigen Bestimmungen des römischen Rechts sind im Wesentlichen folgende:

I. Zum Schutze eines *locus sacer*, Dig. XLIII. 6. ne quid in loco sacro fiat. Gegen denjenigen, welcher an einem solchen Orte etwas demselben Nachtheiliges unternimmt, steht einem Jeden, welcher der betreffenden Religions-Gemeinschaft angehört, ein Interdikt zu Gebote, l. 1. pr. h. t., welches nicht nur prohibitorisch, sondern auch restitutorisch ist, l. 2. §. 19. ne quid in loco publico (43, 8). Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 596 fg.

II. Zum Schutze eines *locus publicus*, Dig. XLIII. 8. ne quid in loco publico vel itinere fiat. Wenn Jemand durch irgend eine Anlage auf einem öffentlichen Platze einen Andren in

irgend einer Weise (l. 2. §. 10 sqq. h. t.) beeinträchtigt, gegen den hat der Beeinträchtigte ein Interdikt, l. 2. pr. h. t., welches aber nur prohibitorisch, nicht auch restitutorisch ist, l. 2. §. 17—19, l. 7. h. t.; vgl auch Heimbach a. a. O. S. 591 fgg. und Reinhard im civ. Arch. XXXII. S. 201 fgg. — Auf einen locus publicus bezieht sich auch noch ein andres prohibitorisches Interdikt, Dig. XLIII. 9. de loco publico fruendo. Wer nämlich die Benutzung eines locus publicus rechtsgiltig gepachtet hat, und der socius eines solchen Pachters haben ein prohibitorisches Interdikt zum Schutz gegen Störungen bei Ausübung der ihnen zustehenden Rechte, l. 1. h. t.; vgl. auch Heimbach cit. S. 559 fgg.

III. Zum Schutze eines öffentlichen Wegs, Dig. XLIII. 8. ne quid in loco publico *vel itinere* fiat. Außer dem vorher bei II. angeführten interd. ne quid in loco publico fiat, welches auch auf öffentliche Wege vollkommen Anwendung findet, l. 2. §. 3. h. t. kommen bei diesen letztren noch insbesondere folgende Interdikte vor:

1) Wenn Jemand an einem öffentlichen Weg eine Anlage macht oder eine Veränderung vornimmt, wodurch der Weg schlechter werden würde, gegen den hat Jeder aus dem Volke ein prohibitorisches Interdikt, l. 2. §. 20 sqq. h. t., und gegen den Inhaber einer solchen Anlage, mag er selbst sie errichtet haben oder nicht, kann ein Jeder ein restitutorisches Interdikt gebrauchen, l. 2. §. 35 sqq. h. t. Uebrigens beziehen sich diese Interdikte nur auf viae rusticae, denn „urbicarum cura pertinet ad magistratus", l. 2. §. 24. h. t. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 593 fgg., Reinhard cit. S. 208 fgg.

2) Wer von einem Andren gehindert wird, sich eines öffentlichen Wegs zu bedienen, kann nicht blos injuriarum klagen, sondern hat auch deßhalb ein besondres prohibitorisches Interdikt, l. 2. §. 45. h. t. Heimbach S. 595 fg., Reinhard S. 212 fgg.

3) Wer bei Wiederherstellung oder Ausbesserung eines öffentlichen Wegs von Jemanden verhindert wird, kann deßhalb ein prohibitorisches Interdikt gebrauchen, wenn nur durch seine Arbeiten der Weg nicht in Wahrheit schlechter wird, tit. Dig. XLIII. 11. de via publica et itinere publico reficiendo; Heimbach S. 585 fg.

IV. Zum Schutze eines öffentlichen Flusses.

1) Dig. XLIII. 12. [11] de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. Wenn in dem Flusse oder an dem Ufer des Flusses eine Anlage gemacht wird, wodurch die Landung oder die Schifffahrt selbst erschwert oder gehindert wird („quo *statio iterve* navigio deterior sit, fiat"), so hat ein Jeder aus dem Volke ein prohibitorisches Interdikt gegen den Unternehmer,

l. 1. pr. §. 1 sqq. h. t., und ein restitutorisches Interdikt gegen den Inhaber der Anlage l. 1. §. 19 sqq. h. t. Wenn auch diese Interdikte an sich nur auf schiffbare Flüsse gehen, so wird doch wenigstens das prohibitorische utiliter auch auf nicht schiffbare Flüsse angewendet, wenn durch die Anlage der Lauf des Flusses in nachtheiliger Weise verändert wird, l. 1. §. 12. 18. h. t., und eben so auch auf das Meer und das Meeresufer, l. 1. §. 17. h. t. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 543 fgg.

2) Dig. XLIII. 13. [12] ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Wenn in dem Flusse oder an dem Ufer desselben eine Anlage gemacht wird, wodurch der Lauf des Flusses im Verhältniß zu dem nächstvorhergehenden Sommer in irgend einer den Anliegern nachtheiligen Weise geändert wird, so hat ein Jeder aus dem Volke (l. un. §. 9. h. t.) theils ein prohibitorisches Interdikt gegen den Unternehmer, l. un. pr. § 1 sqq. h. t., theils ein restitutorisches gegen den Inhaber der Anlage, l. un. §. 11 sqq. h. t. Ist übrigens die Veränderung zum Schutze eines eigenen Grundstücks nothwendig, so kann hieraus eine Einrede entnommen werden, l. un. §. 7. h. t., so wie auch causa cognita die exceptio zugelassen wird, die Anlage geschehe ripae muniendae causa; l. un. §. 6. h. t. Vgl. auch Heimbach S. 589 fg.

3) Dig. XLIII. 14. [13] ut in flumine publico navigare liceat. Wer an der freien Schifffahrt auf öffentlichen Flüssen, Seen oder Kanälen, oder an der Benutzung der Ufer zum Ein- oder Ausladen, oder an der Benutzung des Flusses zur Viehtränke (l. un. §. 8. h. t.), gehindert wird, kann deßhalb ein prohibitorisches Interdikt gebrauchen, (l. un. pr. §. 1 sqq. h. t.) Wer am Fischfang in einem öffentlichen Flusse gehindert wird, kann deßhalb die actio injuriarum gebrauchen, obwohl diejenigen, die den Fischfang gepachtet haben, allerdings ein utile interdictum [de loco publico fruendo] anstellen dürfen, l. un. §. 7. h. t., l. 13. §. 7. de injur. (47, 10). Vgl. Heimbach S. 625 fgg.

4) Dig. XLIII. 15. [14] de ripa munienda. Einem Jeden ist Uferbesserung erlaubt, sofern daraus nur kein Nachtheil für die Schifffahrt entsteht, und sofern er sich zur Stellung einer cautio damni infecti für die nächsten zehn Jahre erbietet. Unter diesen Voraussetzungen steht ihm gegen die Verhindernden ein prohibitorisches Interdikt zu, l. un. h. t. Vgl. Heimbach S. 570 fg.

V. Zum Schutz der *aqua ex castello.* Wer das Privilegium hat, aus einem öffentlichen Wasserbehälter (ex castello „i. e. ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit") Wasser auf ein Privatgrundstück abzuleiten, hat zum Schutze dieses Rechts ein pro-

hibitorisches Interdikt, l. 1. §. 38 sqq. de aqua quotidiana et aestiva (43, 20). Vgl. Heimbach S. 535 fgg. und Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel Band III. Abhandl. I. S. 146 fgg.

VI. Zum Schutze öffentlicher Kloaken. Wegen jeder Anlage, wodurch eine öffentliche Kloake verschlechtert wird, steht einem Jeden aus dem Volke sowohl ein prohibitorisches Interdikt gegen den Unternehmer, als auch ein restitutorisches gegen den Inhaber zu, l. 1. §. 15. 16, l. 2. de cloacis (43, 23 [22]). Vergl. auch Heimbach a. a. O. S. 543. und bes. Schmidt in der gesch. Zeitschr. XV. S. 59 fgg.

---

2) Interdictum de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando. §. 675.

Dig. XI. 8. de mortuo inferendo et sepulchro aedificando. — Unterholzner II. S. 168. 209., Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 563 fgg. S. 573 fgg.

3) Operis novi nuntiatio. §. 676.

Dig. XXXIX. 1. de operis novi nuntiatione, XLIII. 25. [24] de remissionibus; Cod. VIII. 11. de novi operis nuntiatione. — Unterholzner II. S. 169 fgg., Koch III. S. 107 fgg. *Kaemmerer*, de op. novi nunciat. Heidelb. 1807, Reinhard, Erl. d. Pand. Titels de op. nov. nunc. Stuttg. 1820, *Engelhardt*, de op. novi nunc. Lips. 1821; G. Hasse, über die op. novi nunciatio; im Rhein. Mus. III. S. 579 fgg., Wiederhold, das interd. uti possidetis und die novi op. nuntiatio. Hanau 1831. S. 65 fgg. Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII. S. 580 fgg., Schmidt (v. Ilmenau) in der Gießer Zeitschrift N. F. VIII. S. 17 fgg., *Polis* de operis novi nuntiat. Traj. ad Rh. 1853. — Vgl. auch Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel V. S. 114 fgg., Schäffer im prakt. Arch. Bd. I. S. 1 fgg. Zimmermann im ziv. Arch. XXXVII. S. 218 fgg.; s. auch Seuffert's Arch. III. 58. 174, V. 28, VII. 44. 45.

Anm. Unter O. N. N. ist der außergerichtliche Akt zu verstehen, wodurch ein durch eine neue Anlage Beeinträchtigter die Fortsetzung derselben

mit der Wirkung verbietet, daß, wenn dennoch vor ausgemachter Sache fortgearbeitet werden sollte, ohne Weiteres die Wiederherstellung des im Augenblick der nuntiatio vorhanden gewesenen Zustandes verlangt werden kann. Ueber dieses in mehrfacher Beziehung eigenthümliche Rechtsinstitut gelten aber im Wesentlichen folgende Grundsätze.

I. Was zunächst die Erfordernisse der O. N. N. anbelangt, so wird

1) eine noch nicht vollendete („futura opera", l. 1. §. 1. h. t.), mit Grund und Boden zusammenhängende neue Anlage („opera solo conjuncta", l. 1. §. 12. h. t.) vorausgesetzt, sei es nun, daß ein Bauwerk aufgerichtet, verändert oder niedergerissen werden soll, l. 1. §. 11. h. t.:

Ulp. „Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat".

l. 1. §. 12. eod. („quorum aedificatio vel demolitio"). Andre Veränderungen mit Grundstücken, z. B. das Abhauen oder Anpflanzen von Bäumen, gehören nicht hierher, l. 1. §. 12. cit., und eben so kann auch das blose Stützen eines alten Gebäudes nicht als novum opus angesehen werden, l. 1. §. 13. h. t. Ob übrigens das novum opus in oder außerhalb der Stadt, auf einem Privat- oder einem öffentlichen Grundstücke errichtet wird, ist für das Recht der O. N. N. gleichgiltig, l. 1. §. 14. h. t.

2) „Nuntiatio fit aut *juris nostri conservandi causa*, aut *damni depellendi* aut *publici juris tuendi gratia*", l. 1. §. 16. h. t. Betrachten wir diese drei, von Ulpian angeführten Nuntiations-Gründe näher, so kann also

a) ein Grundbesitzer gegen eine neue Anlage sich „*juris sui conservandi causa*" der O. N. N. bedienen, d. h. wie Ulpian im folgenden §en erläuternd hinzufügt, „*quia jus aliquid prohibendi habet*", und auf dieses jus prohibendi, als eine Bedingung der nuntiatio wird auch noch öfter hingewiesen, vgl. z. B. l. 1. pr., l. 5. §. 6, l. 8. §. 2. h. t., l. un. pr. §. 2. de remissionib. (43, 25). Es wird aber dieses jus prohibendi und also die O. N. N. juris nostri conservandi causa, in l. 5. §. 9. h. t. auf drei Gründe zurückgeführt.

Ulp. „Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut *naturalem*, aut *publicam*, aut *impositìtiam*; *naturalem*, quum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro; *publicam* causam, quoties leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur; *impositìtiam*, quum quis, posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea-

quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit".

Hiernach steht also dem Grundbesitzer zunächst unbezweifelt ein jus prohibendi und folgeweise das Recht zur O. N. N. zu, wenn durch die neue Anlage unmittelbar die Substanz seines Grundstücks affizirt wird („causa naturalis"), wie z. B. wenn Jemand auf unsrem Grund und Boden zu bauen, oder ein Bauwerk nieder zu reißen anfinge, vgl. auch l. 5. §. 8. h. t. Außerdem kann aber auch der Grundbesitzer ein jus prohibendi haben, wenn durch die neue Anlage ein seinem Grundstücke zustehendes Recht gefährdet wird, und dieses kann wieder in doppelter Weise vorkommen; dieses Recht gründet sich nämlich entweder auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen, z. B. auf Baugesetze („causa publica"), vgl. auch l. 1. §. 17. h. t., l. 3. pr. de mortuo infer. (11, 8), oder auf Privatdisposition („causa imposititia"), also namentlich auf Servituten. Außerordentlich bestritten ist aber hier die Frage, ob denn wirklich ein Grundbesitzer sich zum Schutze aller Servituten der O. N. N. bedienen dürfe? vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück X. S. 221 fgg., *Kaemmerer* l. c. p. 116 sqq., Reinhardt a. a. O. S. 18 fgg., *Engelhardt* l. c. p. 13 sqq., Hasse a. a. O. S. 592 fgg., Wiederhold a. a. O. S. 87 fgg., Zachariä, über serv. rust. und urb. S. 6 fgg., *Polis* p. 28 sqq. Ohne in das Detail dieser wenig Belehrung bietenden Kontroverse einzugehen, soll hier nur das einfache, m. E. sehr konsequente Ergebniß der Quellen angegeben werden. Hier steht nämlich soviel fest, daß sowohl bei negativen Servituten, l. 2. h. t., l. 15. de S. P. U. (8, 2), als auch bei der servitus *oneris ferendi*, l. 6. §. 7. si servitus vindicetur (8, 5) die O. N. N. als zuläßig angeführt wird, also überhaupt bei servitutes prohibendi und habendi, d. i. bei servitutes praediorum *urbanorum;* daß aber nirgends in unsren Quellen bei einer servitus faciendi, also bei einer servit. praed. *rusticorum* der O. N. N. Erwähnung geschieht, sondern dieselbe vielmehr ausdrücklich bei der Wegegerechtigkeit als unanwendbar dargestellt wird, l. 14. h. t.:

Julian. „Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, *nihil agit,* sed servitutem vindicare non prohibetur".

Erwägt man nun überdies, daß auch Ulpian gerade bei der Definition der causa impositita nur der servitutes praed. *urbanorum* Erwähnung thut („posteaquam servitutem *aedibus suis* imposuit"), so dürfte m. E. das Resultat nicht zweifelhaft sein, daß überhaupt bei servitutes praed. rusticorum von der O. N. N. keine

Rede sein kann, und an diesem Ergebnisse kann uns auch der vage Ausspruch der l. un. §. 3. de remiss. (43, 25)

Ulp „Jus habet novum opus nuntiandi, qui aut dominium *aut servitutem* habet“

nicht irre machen, da derselbe keineswegs mit Nothwendigkeit dahin verstanden werden muß, daß wegen jeder Servitut die Nuntiation zuläßig sei. Der augenscheinliche Grund dieser quellenmäßigen Unterscheidung liegt aber darin, daß bei den servitutes rusticae, deren Wesen ja eben nur darin besteht, daß der Berechtigte die Befugniß zu einzelnen Handlungen erhält, gar kein unmittelbares jus prohibendi Statt findet, indem derselbe stets blos intendiren kann: „jus sibi esse ire agere“, aber nicht auch: „jus tibi non esse aedificare“, vgl. l. 9. si serv. vindic. (8, 5). Bei den servitutes praed. urban. verhält sich dies aber ganz anders, denn sie mögen in habendo oder in prohibendo bestehen, so ist stets ein unmittelbares jus prohibendi in ihrem Wesen begründet.

b) Es kann aber auch die O. N. N. „*damni depellendi causa*“ geschehen, wenn nämlich die neue Anlage die Sicherheit der Nachbargrundstücke bedroht, so daß deßhalb die cautio damni infecti gefordert werden dürfte. Wird diese verweigert, so findet deshalb bis zu ausgemachter Sache die O. N. N. Statt, l. 1. §. 17. h. t. Vgl. auch Bachofen, Pfandr. I. S. 391 fgg.

c) Endlich „*publici juris tuendi gratia*“ kommt die O. N. N. vor, wenn auf Grundstücken, die dem gemeinen Beßten dienen, eine widerrechtliche Anlage gemacht wird, l. 1. §. 17. h. t.: „si quid fiet vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis“.

3) Das Recht zur Nuntiation hat bei der nuntiatio publici juris tuendi gratia ein jeder mündiger Bürger, l. 3. §. 4, l. 4. l. 5. h. t. In den übrigen Fällen kann aber nur der besonders Betheiligte opus novum nuntiiren, l. 1. §. 19. h. t.:

Ulp. „Juris nostri conservandi aut damni depellendi causa opus novum nuntiare potest is, ad quem res pertinet“.

Vor allen also gehört hierher der Eigenthümer des in seiner Substanz oder seinen Rechten beeinträchtigten Grundstücks, als der natürliche Repräsentant desselben, l. un. §. 3. de remission. (43, 25):

Ulp. „Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet“.

(Die von Bachofen, Pfandr. I. S. 104 fgg. aufgestellte, und von *Polis* cit. p. 8 sqq. gebilligte Auslegung dieser Worte, wornach dominium und servitus hier einen Gegensatz bilden sollten, und Ulpian damit sagen wolle, daß die Befugniß zur O. N. N. zuerst dem Eigenthümer, dann aber auch einem Servitut-Berechtigten, der

nicht Eigenthümer sei, zustehe, hat zwar manche äußere Gründe für sich, aber m. E. ganz entscheidende innere Gründe gegen sich). Steht das gefährdete Grundstück im Miteigenthume Mehrerer, so hat jeder Einzelne ein, freilich auch nur für ihn wirksames Einspruchsrecht gegen jeden Dritten, l. 5. §. 6. h. t.; gegen einander dürfen aber Miteigenthümer von der nuntiatio keinen Gebrauch machen, selbst dann nicht, wenn das von dem einen Sozius auf dem gemeinsamen Grundstück begonnene opus einem im Alleineigenthume des Andren stehenden Grundstücke Schaden droht, l. 3. §. 1. 2. h. t., offenbar deßwegen, weil die nuntiatio immer gegen sämmtliche Miteigenthümer wirkt, l. 5. §. 5. h. t., und in unsrem Falle also der Nuntiant auch gegen sich selbst nuntiiren würde. — Außer dem Eigenthümer steht aber die Befugniß zur nuntiatio auch denjenigen zu, denen eine utilis vindicatio eingeräumt ist, wie namentlich dem Superfiziar, l. 3. §. 3. h. t., dem Pfandgläubiger l. 9. h. t., l. 1. §. 5. de remiss. (wo übrigens unzweifelhaft Statt „detentionem servitutis“ gelesen werden muß „*petitionem* serv.“, vgl. l. 16. de servit. und s. *Cujac.* obs. l. 16. und Bachofen a. a. O. S. 105), und folglich gewiß auch dem Emphyteuta und dem *bonae fidei possessor*, obwohl namentlich das Letztre sehr bestritten ist. Der bloße Usufruktuar hat dagegen kein selbstständiges Recht zur O. N. N., sondern er kann nur im Namen des Eigenthümers, procuratorio nomine, also natürlich nur gegen Dritte, nicht gegen den Eigenthümer selbst, nuntiiren, l. 1. §. ult., l. 2. h. t., l. un. §. 4. de remiss. Daß Pächter und andere blos obligatorisch Berechtigte nicht suo nomine nuntiiren können, versteht sich darnach ganz von selbst, vgl. auch l. 3. §. 3. h. t. („movet, quod quasi inquilinus sum“).

4) Was die Form der O. N. N. anbelangt, so ist es freilich aus innern Gründen sehr wahrscheinlich, daß dabei, wenigstens im Allgemeinen, die feierliche Form der Denuntiatio, namentlich solenne Zeugenaufrufung [vgl. l. 8. §. 1. h. t., l. 1. §. 7. quod vi aut clam (43, 24)] in Anwendung gebracht werden mußte, vgl. Asverus, die Denuntiation der Römer. Leipz. 1843. S. 125 fgg. vgl. mit S. 91 fgg.; aber aus unsrem Korpus juris läßt sich eine solche besondre Form nicht mehr beweisen, und für das praktische Recht muß also die Nuntiation als ein formloser Akt aufgefaßt werden. Namentlich ist dazu auch keine Mitwirkung des Gerichts vorgeschrieben, l. 1. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* „Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem; potest enim nuntiare quis, etsi eum non adierit“,

obwohl es doch wohl vorkommen mochte, daß man sich, etwa in

zweifelhaften Fällen, dazu vom Prätor autorisiren ließ, vgl. l. 16. h. t., und dann wohl unter Umständen auch die nuntiatio denegirt wurde, l. 19. fin. h. t., vgl. auch Hasse a. a. O. S. 626 fgg. Da übrigens die Wirkung der Nuntiatio durch das prätorische Edikt begründet war, und man insofern dieselbe als ein vom Prätor ausgehendes Verbot betrachten darf, vgl. auch Wiederhold a. a. O. S. 68 fgg., so erklärt es sich, daß bei den Römern dem Prätor selbst nicht nuntiirt werden durfte, sondern in solchem Falle nur eine vorläufige testatio Statt fand, welche dann aber später rückwirkende Kraft erhielt, l. 5. §. 7. h. t.; doch ist dies Manchen so unwahrscheinlich vorgekommen, daß sie die Worte: si quis ipsi Praetori velit opus novum nuntiare nicht von einer dem Prätor gegenüber, sondern vielmehr von einer vor dem Prätor vorzunehmenden, Nuntiatio verstehen wollen, vergleiche z. B. Hasse S. 587 fgg. Mühlenbruch §. 461. bei Not. 8, was ich für ganz unzuläßig halte; s. jetzt auch *Polis* cit. p. 17 sqq. — Das ist aber eigenthümlich bei der O. N. N., daß sie „in rem fit, non in personam", l. 10. 23. h. t., und so muß es sich denn auch in der äußeren Form aussprechen, daß gleichsam dem Werke geboten wird, stille zu stehen. Es muß nämlich die Einsprache gegen den Weiterbau nothwendig in unmittelbarer Nähe des novum opus eingelegt werden, „in re praesenti et paene dixerim, ipso opere, hoc est in re ipsa", und dabei wird nur vorausgesetzt, daß irgend Jemand „domini operisve nomine" gegenwärtig ist, durch welchen der dominus Kunde von der geschehenen nuntiatio bekommen kann, z. B. Frau, Kinder, Gesinde, Werkleute, l. 5. §. 2—4. h. t.; daß der dominus wirklich davon Kunde bekomme, ist nicht erforderlich, l. 1. §. 5, l. 10. 11. h. t. Wird nicht gegen die ganze neue Anlage Einsprache eingelegt, so muß bei der Nuntiatio genau bezeichnet werden, worauf sich dieselbe beziehe, l. 5. §. 15. h. t., und wenn das opus an mehreren Orten errichtet wird, so muß an ihnen sämmtlich die Nuntiatio wiederholt werden, l. 5. §. 16. h. t. Uebrigens kann dieselbe auch wirksam von einem Prokurator vorgenommen werden, l. 1. §. 3. h. t., aber nicht auch von einem Sklaven, l. 5. §. 1. h. t., und der Prokurator muß jedenfalls Realkaution wegen der Genehmigung stellen, l. 5. §. 18. h. t. Auf diese stipulatio de rato bezieht sich auch der schwierige, und meistens mißverstandene (vgl. z. B. die ganz verfehlten Erklärungen von *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 46. n. 25, in opp. IV. p. 498, und von *Duaren.*, praelect. in tit. de O. N. N. prael. XVI., in opp. p. 600,) Ausspruch von Julian in l. 13. h. t.:

„Quum procurator opus novum nuntiat, et satisdat rem ratam dominum habiturum, et remissio in domini personam confertur:

(§. 1.) si dominus opus novum nuntiaverit intra diem, quae stipulatione ex operis novi nuntiatione interposita comprehensa esset, committitur stipulatio; si praeterita ea die dominus nuntiaverit, non committitur; nam et ipsi domino, quum semel nuntiaverit, non permittitur iterum nuntiare, quamdiu stipulatio ex operis novi nuntiatione tenet".

Vor Allem ist hier die Bemerkung von *Cujac.*, obss. V. 40. zu beherzigen, daß die in unsren Ausgaben gemachte Paragraphen-Eintheilung gewiß falsch ist, und der ganze §. 1. vielmehr einen einzigen Satz mit dem princ. bildet, so daß dieses letztre nur die Voraussetzungen für die in §. 1. gegebene Entscheidung enthält. Der Fall, welchen Julian entscheidet, ist nämlich folgender. Ein Prokurator hat opus novum nuntiirt und de rato kavirt; der Nuntiat hat dagegen durch die stipulatio ex op. novi nuntiatione (die s. g. cautio de demoliendo) Remission erwirkt, und zwar war diese stipulatio, wie es gewiß meistens vorkam, eine betagte, d. h. der Nuntiat hatte die Restitution des opus versprochen, wenn der Nuntiant innerhalb einer bestimmten Zeit sein jus prohibendi dargethan haben würde. Nach diesen Vorgängen nimmt nun der Dominus selbst eine O. N. N. vor, und es entsteht die Frage, ob dadurch die *stipulatio de rato* verwirkt werde, oder nicht, ob also nun der Nuntiat gegen den Prokurator aus dieser Stipulation Klage erheben dürfe oder nicht? Julian entscheidet, wenn der Dominus noch vor Ablauf der Zeit, welche in der stipulatio ex op. novi nuntiatione festgesetzt war, die Nuntiatio vorgenommen hat, so ist allerdings die stipulatio de rato verwirkt, weil sich in dieser Nuntiatio die Nichtgenehmhaltung des Dominus ausspricht, denn, wollte er ratihabiren, so durfte er eben so wenig in dieser Zeit nutiiren, wie wenn er selbst die erste Nuntiatio vorgenommen hätte („nam et ipsi domino" rel.; schärfer würde der Ausdruck werden, wenn man läse: nam et domino, quum ipse semel nuntiaverit etc.); erfolgt aber die Nuntiatio erst nach Ablauf jener Zeit, so kann von einer Verwirkung der stipulatio de rato keine Rede sein. Vgl. auch *Gloss.* ad h. l., *Cujac.* ad Julian. Dig. lib. XLI. ad h. l. (in opp. VI. p. 292), *Polis* cit. p. 38 sqq.

II. Die Wirkung der gehörig vorgenommenen O. N. N. besteht darin, daß jede vor ausgemachter Sache geschehene Fortsetzung des novum opus als widerrechtlich erscheint, l. 20. §. 4. h. t.:

> *Ulp.* „Quidquid autem ante remissionem fit — — —, pro eo habendum est, atque si nullo jure factum esset",

und ohne Weiteres vermittelst eines eigenen Interdikts, des h. z. T. s. g. interdictum demolitorium, die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden kann, l. 20. pr. h. t.:

Ulp. Praetor ait: „*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas*".

Hierbei sind noch folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Die O. N. N. ist schlechthin nur wirksam für denjenigen, von welchem oder in dessen Namen sie ausgegangen ist, und weder ein Universal- noch ein Singular-Successor können aus derselben ein Recht erwerben, l. 8. §. 6. h. t.:

Paul „Morte ejus, qui nuntiavit, extinguitur nuntiatio, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi",

und selbst für den Miteigenthümer des Nuntianten ist sie unwirksam, l. 5. §. 6. h. t. Damit verträgt es sich aber begreiflich sehr wohl, daß wenn einmal durch Verletzung der Nuntiatio für den Nuntianten bereits ein Recht erworben ist, das hierdurch begründete Interdikt unbedenklich auf die Erben übergeht, l. 20. §. 6. h. t.:

Ulp. „Hoc interdictum perpetuo datur, et heredi ceterisque successoribus competit".

2) Bei der Frage, gegen wen die O. N. N. wirksam sei, muß man von dem Satze ausgehen, daß die Nuntiatio *in rem* sit, non in personam, l. 10. 23. h. t., und daraus geht von selbst hervor, daß gegen Jeden die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden kann, mag die gegen die nuntiatio vorgenommene Fortsetzung des novum opus ausgegangen sein, von wem sie will, und mag der, von welchem sie ausging, von der Nuntiatio etwas gewußt haben, oder nicht. Doch ist allerdings insofern ein Unterschied zu machen, daß bald der Kläger verlangen kann, daß der Verklagte auf eigene Kosten die Restitution bewirke, bald aber der Verklagte nur angehalten werden kann, dem Kläger „patientiam destruendi operis" zu prästiren, und zwar ist der einfache Gedanke der, daß das Erstre als eine Strafe erscheint, l. 22. h. t.:

Marcell. „— — — nam et in restituendo hujusmodi opere ejus, qui contra Edictum fecit, *poena* versatur, porro autem *in poenam* heres non succedit",

und also natürlich nur gegen denjenigen in Anwendung kommen kann, welcher sich eines Delikts schuldig gemacht hat, d. h. gegen denjenigen, welcher in dem Bewußtsein des gegen das Werk erhobenen Einspruchs das opus fortgesetzt hat. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a) Die O. N. N. hat nicht blos dem Nuntiaten selbst gegenüber Wirksamkeit, sondern das interdictum demolitorium ist auch

dann begründet, wenn ein Singular- oder Universal-Successor des Nuntiaten das Werk fortgesetzt hat, l. 8. §. 7. h. t.

Paul. „Quodsi is, cui opus novum nuntiatum erat, decesserit, vel aedes alienaverit, non extinguitur operis novi nuntiatio", l. 23. (ult.) h. t.

Javolen. „Is, cui opus novum nuntiatum erat, vendidit praedium, emtor aedificavit; emtorem, an venditorem teneri putas, quod adversus Edictum factum sit? Respondit, quum operis novi nuntiatio facta est, si quid aedificatum est, *emtor, id est dominus praediorum tenetur,* quia nuntiatio operis non personae fit; et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est".

In offenbarem Widerspruch hiermit scheint jedoch l. 3. §. 3. de alienat. judic. mutandi causa facta (4, 7) zu stehen,

Gai. „Opus quoque novum si tibi nuntiaverim, tuque eum locum alienaveris, et emtor opus fecerit, dicitur, te hoc judicio [sc. ex alienat. jud. mut. c. facta] teneri, quasi neque tecum ex operis novi nuntiatione agere possim, quia nihil feceris, *neque cum eo, cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit*",

indem hier Gaius das Interdikt aus der O. N. N. gegen den Käufer eben so bestimmt abzusprechen scheint, wie Javolen in l. 23. cit. es gegen denselben zuläßt. Die Konjektur von *Nic. Catharin.*, Obss. et conjectt. lib. II. c. 29. (in Meerm. thes. VI. p. 781.), welcher in l. 3. §. 3. cit. lesen will: te hoc judicio *non* teneri, ist schon an und für sich unverständig, und würde überdies den Widerstreit der beiden Stellen gar nicht heben, und eben so ungenügend sind die Auslegungen von *Pancirol* thes. var. lect. lib. III. c. 2. (in Jurispr. Rom. et Att. II. p. 1408 sqq.), welcher das *quasi* für *perinde ac* nimmt („die actio in factum soll gegen den Verkäufer angestellt werden, nicht anders, wie wenn gegen den Käufer das interd. ex oper. novi nuntiatione nicht gebraucht werden könnte" — es dürfte allerdings auch das Interdikt gebraucht werden, aber zur Begründung der actio in factum werde gleichsam fingirt, es finde das Interdikt nicht Statt), und von *Teisterbant* dict. *Bilderdyk*, obss. et emendd. cap. 4. p. 37. sqq., welcher glaubt, daß Gaius in l. 3. §. 3. cit. blos eine fremde, aber vielleicht in praxi befolgte, Meinung mit ihren falschen Gründen referire („*dicitur*"), ohne ihr irgend beistimmen zu wollen. (Was derselbe Schriftsteller an einem andren Orte seines Buchs, cap. 39. p. 227 sqq., zur Beseitigung der Antinomie vorschlägt, läuft im Wesentlichen auf die Idee von Pancirol. hinaus). Verbindet man mit l. 3 §. 3. cit. den vorherg. §. 2. und den folg. §. 4, so sieht man leicht, daß Gaius der

op. novi nuntiatio nicht alle Wirksamkeit dem Käufer gegenüber absprechen, sondern daß er nur sagen will, der Nuntiant könne von dem schuldlosen Käufer nicht die Restitution des opus [sondern nur *patientiam* destruendi operis] verlangen, und daß deßhalb — wegen der Restitutions-Kosten — die actio in factum gegen den Verkäufer begründet sei, vgl. auch *Gloss.* ad l. 3. §. 3. cit., *Cujac.*, recitt. sol. ad lib. XXXIX. tit. 1. l. 1. §. Et adversus absentes (opp. X. p. 1177.) und ad l. 8. §. Morte ejus (opp. X. p. 1193), *Pacius*, *Enantiophan.* cent. III. nr. 12, *Merenda*, controv. jur. lib. XVIII. c. 26, *Kaemmerer* l. c. p. 198, Hasse a. a. O. S. 603 fgg., *Polis* cit. p. 57 sqq. — Das Resultat ist also, gegen denjenigen, *qui fecit et possidet* ist immer das interdictum ex operis novi nuntiatione auf *patientia* gegründet, aber auf die *impensae* nur dann, wenn wissentlich gegen die Nuntiatio gefehlt ist.

b) Wenn gegen die O. N. N. gefehlt ist, aber der, welcher es gethan hat, ist nicht mehr im Besitz — si alius fecit, alius possidet —, so ist zunächst soviel ausgemacht, daß gegen den Besitzer, mag er Singular- oder Universal-Successor des Thäters sein, zwar unbedenklich das interd. ex op. novi nuntiatione gebraucht werden kann, aber natürlich immer nur auf *patientia*, l. 22. h. t. Gegen den Thäter geht das Interdikt auf vollen Ersatz, und gegen die Erben desselben auf soviel, als sie bereichert sind, l. 20. §. 7. 8. h. t.

c) Wenn das novum opus auf einem Grundstücke errichtet wurde, welches Mehreren gemeinschaftlich gehört, und es ist auch nur Einem der Miteigenthümer nuntiirt worden, so ist diese O. N. N. dennoch gegen Alle wirksam. Doch kann, wenn nachher nur Einer von ihnen gegen die Nuntiatio fehlte, das Interdikt nur gerade gegen diesen in solidum gebraucht werden, während die Uebrigen nur zur Prästation der patientia verpflichtet sind, l. 5. §. 5, l. 18. pr. h. t.

3) Das Interdikt ist immer begründet, einerlei, ob der, welcher gegen die O. N. N. fehlte, ein Recht zur Errichtung des opus novum hat, oder nicht, l. 20. §. 3. h. t.

> *Ulp.* „Ait Praetor: *quod factum est, restituas*; quod factum est, jubet restitui, neque interest, jure factum sit, an non; sive jure factum est, sive non jure factum est, interdictum locum habebit",

l. 1. pr. §. 7, l. 20. §. 1. 4. h. t. Auf das Recht des Nuntiaten darf sich also die Verhandlung bei diesem Interdikt niemals erstrecken, sondern die Restitution muß erfolgen, wenn der Kläger nur beweis't, daß er in dem zur Vornahme der Nuntiatio erforderlichen Verhältnisse zu dem beeinträchtigten Grundstücke stehe (daß er Eigenthümer, Superfiziar u. s. w. sei), daß eine gehörige Nuntiatio geschehen, und daß troß derselben doch das opus fortgesetzt worden sei. Zum Zweck dieses

letztren Beweises war es gewöhnlich, sogleich bei der Nuntiatio Maaße an dem Werke zu nehmen, und da dies regelmäßig nicht ohne Eingriff in das fremde Gebiet geschehen konnte, so ließ man sich deßhalb ein eignes Dekret vom Prätor geben, l. 8. §. 5. h. t.

4) Das Interdikt wird durch eine wirksame Einrede dann entkräftet, wenn nach der Nuntiatio ein Vertrag unter den Interessenten abgeschlossen worden ist, l. 1 §. 10. h. t., wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß die Nuntiatio nicht publici juris tuendi gratia geschah, denn in diesem Falle ist ein solcher Vertrag unwirksam, l. 7. §. 14. de pact. (2, 14), wenn das öffentliche Wohl die Fortsetzung des Werks erheischt, l. 5. §. 11. h. t., l. 3. §. 8. de rivis, (43, 21), und wenn das neue Werk derartig ist, daß es schlechthin keinen Aufschub leidet, l. 5. §. 12. h. t. Doch soll in Fällen der letztren Art der Nuntiat bei dem Richter anfragen „an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet", l. 5. §. 13. h. t.

III. Was die Erlöschungsgründe der O. N. N. anbelangt, so scheint vor Justinian der Grundsatz gegolten zu haben, daß dieselbe von selbst nach Ablauf eines Jahres ihre Kraft verliere, und auch nach dieser Zeit nicht wieder erneuert werden könne, vorausgesetzt natürlich, daß der Nuntiant nicht innerhalb dieser Zeit ein, sein jus prohibendi anerkennendes Urtheil erwirkt hatte. Dies ist aber von Justinian in l. un. C. h. t. aufgehoben worden, und seitdem kommen — abgesehen von dem schon oben bei II. 1. besprochenen Falle, wenn der Nuntiant stirbt, oder doch sein Recht an dem Grundstück, wegen dessen er Einspruch erhoben hat, verliert — nur noch die Remission und die Satisdation als Erlöschungsgründe der Nuntiatio in Betracht. Was nun hier:

1) die Remission durch den kompetenten Richter anbelangt, so wird darüber auf Antrag des Nuntiaten, welcher sein Werk von dem Banne lösen will, (l. 5. §. 17. fin. h. t.) extra ordinem verhandelt (l. 1. §. 9. h. t.); und die Remission dann ertheilt, wenn sich bei dieser Untersuchung herausstellt, daß eine der Voraussetzungen der O. N. N. nicht begründet ist (s. oben bei I.), oder daß einer der oben bei II. 4. angedeuteten Ausnahmsfälle vorliegt, so wie auch immer ohne Weiteres dann, wenn der Nuntiant den ihm aufzulegenden Kalumnien-Eid nicht schwört, l. 5. §. 14. h. t., oder derjenige, welcher procuratorio nomine die Nuntiatio vornahm, die cautio de rato nicht stellen will, l. 5. §. 18. h. t. Das jus prohibendi selbst bleibt aber bei dieser Untersuchung ganz außer Frage, und wie auch immer die Entscheidung über die remissio ausfallen mag, so wird dadurch dieses jus prohibendi des Nuntianten weder an- noch aberkannt. Wird nämlich die Remission verweigert, und also die Nuntiatio aufrecht erhalten, so bleibt dem Nuntiaten nicht blos die

Aushilfe, daß er alsbald durch *satisdatio* eine Aufhebung der nuntiatio bewirken kann (s. nachher bei Nr. 2), sondern er kann jetzt auch eine petitorische Klage gegen den Nuntianten anstellen, und wenn in Folge derselben sein jus aedificandi rechtskräftig anerkannt wird, so verliert damit natürlich die Nuntiatio von selbst ihre Wirksamkeit. Wird aber umgekehrt die remissio aus einem der oben angedeuteten Gründe wirklich ertheilt, so wird dabei doch dem Nuntianten ausdrücklich sein jus prohibendi reservirt, wie dies schon mit Evidenz aus dem uns erhaltenen Formular hervorgeht, welches der Präter bei Ertheilung der remissio zu Grunde legte, l. un. pr. de remiss. (43, 25):

„Ait Praetor: *Quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio*";

vgl. auch l. 1. pr. h. t. („— — deinde remitteretur prohibitio *hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nuntiasset, non haberet*"), und daraus geht von selbst hervor, daß die remissio dem Nuntiaten nur dann wahrhaft nützlich ist, wenn es dem Nuntianten an dem jus prohibendi fehlt, während im umgekehrten Falle ihm die remissio inutilis ist, l. un. §. 2. und §. 4. de remiss. (in welcher letztren Stelle wohl ganz unzweifelhaft mit *Cujac.* observ. I. 16. gelesen werden muß: „secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino et remissio *inutilis* erit; ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio *utilis* erit"; s. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VI. p. 596 sq. und Schmidt cit. S. 46 fg. Not. 39). Vgl. über die Bedeutung der remissio bes. Schmidt v. Ilm. a. a. O. S. 38 fgg.

2) Die O. N. N. erlöscht auch ipso jure durch die *stipulatio ex op. novi nuntiatione*, d. i. durch die h. z. T. s. g. *cautio de demoliendo*; vgl. bes. Schmidt a. a. O. S. 20 fgg. und s. auch Schirmer, die prätor. Judizial-Stipulatt. S. 47 fgg. Der Nuntiat erhält nämlich das Recht fortzubauen, wenn er verspricht, für den Fall, daß der Prozeß zu seinem Nachtheile ausgehen würde, den früheren Zustand auf seine Kosten vollkommen wieder herzustellen, l. 5. §. 17, l. 8. §. 2. 4, l. 12, l. 20. §. 1, l. 21. h. t., l. un. §. 2. de remiss. (43, 25), l. 2. §. 1. de stipul. praet. (46, 5), wobei jedoch nicht eine blose repromissio genügt, sondern eine Sicherstellung durch Bürgen erfordert wird, legg. citt. verb. mit l. 1. §. 6. de stipul. praet. (46, 5). Sollte die Kaution in genügender Weise angeboten, aber von dem Nuntianten nicht angenommen sein, so ist auch dieses hinreichend, um das Recht des Weiterbauens zu erwerben, l. 5. §. 17., l. 20. §. 9. 13. h. t. — Ist nun diese Kaution wirklich geleistet, oder ohne Grund von dem Nuntianten

nicht angenommen worden, so muß immer eine remissio erfolgen, ja, diese ist gar nicht einmal nöthig, l. un. §. 2. de remiss. (43, 25:

Ulp. „Plane si satisdatum est, exinde remissio facta est, ***non est necessaria remissio***“,

sondern es tritt schon von selbst ganz die Wirkung ein, wie wenn dieselbe ertheilt wäre, l. 5. §. 17. h. t. („perinde est, ac si O. N. N. omissa esset“); l. 8. §. 2. 4, l. 20. pr. h. t. („vice nuntiationis missae“). Namentlich steht dem Kaventen ein eignes prohibitorisches Interdikt zur Seite, wenn der Nuntiant ihn noch ferner an dem Fortbau hindern wollte, l. 20. §. 9 sqq. h. t. — Dieses Recht der Kautionsleistung ist aber wesentlich durch Justinian modifizirt worden, indem derselbe verordnet, daß der Nuntiant sich immer erst dann eine solche Kautionsleistung gefallen zu lassen brauche, wenn der auf die Nuntiatio folgende Prozeß sich in die Länge ziehe, und namentlich über drei Monate dauere; denn dies ist doch gewiß der Sinn der l. un. C. h. t.:

„— — — sancimus, si quis denuntiationem emiserit, in hac quidem regia urbe praefectum urbi festinare, in povincia vero rectorem ejus intra trium mensium spatium causam dirimere; sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denuntiationes prohibebuntur, et recte denuntiantibus consuletur“.

Zwar will Hasse a. a. O. S. 619 fgg. 622 fgg. diese Verordnung vielmehr so verstehen, daß der Nuntiat in der Regel auch ohne Kaution fortzubauen berechtigt sein soll, wenn der Nuntiant nicht innerhalb dreier Monate sein jus prohibendi dargethan habe, und daß nach Ablauf dieser Zeit nur ausnahmsweise dann eine Kautionsstellung verlangt werden könne, wenn die Verzögerung in besondren Schwierigkeiten des Falls ihren Grund habe. Aber so verständig und sachgemäß auch das Resultat dieser Auslegung erscheint, so dürfte dieselbe doch schwerlich mit den Worten Justinian's in Einklang gebracht werden können, vgl. auch Asverus, die Denuntiation der Römer S. 220 fgg., und auf praktische Geltung hat sie um so weniger Anspruch, da unsre oben angedeutete Auslegung auch den klaren Buchstaben des kanonischen Rechts für sich hat, vgl. cap. ult. X. de novi op. nunt. (5, 32):

Gregor IX. „Is, cui opus novum te nuntiasse proponis, ***non obstante cautione***, quae offertur ab ipso de opere destruendo,

si non jure aedificatum existat, *tenetur te per trium mensium spatium exspectare*, juris tui praejudicium probare volentem", vgl. auch cap. 3. eod. — Wir haben bisher von der Kaution geredet, welche dann Platz greift, wenn die op. novi nuntiatio im Privatinteresse des Nuntianten vorgenommen ist. Geschah dieselbe aber publici juris tuendi gratia, so kommt keine satisdatio, sondern eine blose *repromissio* von Seiten des Nuntiaten vor, l. 8. §. 3. h. t., l. 1. §. 6. de stipul. praet. (46, 5), aber diese repromissio gewährt auch nicht das Recht, fortzubauen, l. 7. §. 14. de pact. (2, 14), und das dem Kaventen sonst zustehende prohibitorische Interdikt fällt hier hinweg, l. 20. §. 13. h. t.:

> *Ulp.* „Si satisdatum non est, sed repromissum, interdicto huic locus non erit; neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam appareat, quo jure quis aedificet".

Der Nuntiat ist hier vielmehr zu einer solchen repromissio verpflichtet, um in jedem Falle den Nuntianten für den Fall, daß doch etwa fortgebaut werden sollte, wegen der Demolirungs-Kosten sicher zu stellen, vgl. auch Hasse a. a. O. S. 623 fgg., *Polis* cit. p. 86 sqq.; s. auch Schmidt a. a. O. S. 41 fgg.

IV. Wenn durch remissio oder satisdatio der Bann, welcher durch die Nuntiatio dem Werke aufgelegt war, gelöst ist, so kann der Nuntiat nun ungehindert das Werk fortsetzen — aber freilich ohne Nachtheil doch nur dann, wenn er auch wirklich ein jus aedificandi hat, l. 8. §. 4. h. t.:

> *Paul.* „Sciendum est, facta operis novi nunciatione, cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat; *tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedificabit*".

Es bleiben nämlich, ungeachtet der remissio oder satisdatio, dem Nuntianten seine legitimae actiones, namentlich die actio confessoria oder negatoria, stets reservirt, l. 19. h. t.:

> *Paul.* „Sciendum est, denegata exsecutione operis novi [d. h. wenn der O. N. N. keine Folge gegeben wird, wenn also die Kraft der nuntiatio durch remissio oder satisdatio aufgehoben ist, vgl. l. 5. pr., l. 7. h. t., l. 7. §. 14. de pactis; ganz mißverstanden sind diese Worte von Wiederhold a. a. O. S. 114 fgg.] nihilominus *integras legitimas actiones manere*, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi nuntiationem Praetor denegat",

und der Nutzen, welchen die remissio oder satisdatio dem Nuntiaten bringen, besteht also nur darin, daß jetzt der Nuntiant zu der Klägerrolle gedrängt ist, und folglich auch den Beweis des von ihm

behaupteten jus prohibendi übernehmen muß. Dies drücken unsre Gesetze so aus:

„*In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*“

l. 1. §. 6, l. 5. §. 10. h. t., ein Satz, der also nicht die von den meisten älteren Juristen angenommene Bedeutung hat, daß durch O. N. N. der juristische Besitz auf den Nuntiaten übergehe, sondern der nur sagen will, daß der Nuntiant durch Vornahme der Nuntiatio auf alle, ihm etwa ohnedies zustehenden, possessorischen Rechtsmittel verzichte, und in dem zu erhebenden petitorischen Rechtsstreite die Klägerrolle übernehmen müsse, vgl. auch Synops. Basil. LVIII. 10. fr. 1:

„*Ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων*“ (qui nuntiat, fit actor),

Wiederhold a. a. O. S. 91 fgg., Hasse a. a. O. S. 612 fgg., Francke im ziv. Arch. XXII. S. 376 fgg., Schmidt in d. Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 371 fgg., Heimbach a. a. O. S. 594 fgg., *Polis* cit. p. 69 sqq. Da sich hiernach der Nuntiant durch die Vornahme der nuntiatio in die Lage setzt, sein Recht klageweise verfolgen zu müssen: so warnt Ulpian mit Recht denjenigen, welcher der Sachlage nach die vortheilhaftere Beklagten-Rolle in Anspruch nehmen könnte, vor Anwendung der O. N. N., l. 5. §. 10. h. t.:

„Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem vel per manum, i. e. lapilli jactum prohibere, quam operis novi nuntiatione; ceterum op. novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum Quod vi aut clam, aut Uti possidetis uti“.

---

4) Von der Prohibition und dem interdictum Quod vi aut clam. §. 677.

Dig. XLIII. 24. quod vi aut clam. — Unterholzner II. S. 179 fgg. — G. Hasse im Rhein. Mus. für Jurispr. IV. 1, Francke im ziv. Arch. XXII. 14, Schmidt in der Gießer Zeitschr. N. F. I. 6., Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 607 fgg. Vgl. auch *Mayer*, de interdicto quod vi aut clam observationes. Lips. 1838., Schäffer im prakt. Archiv I. S.

2 fgg. II. S. 16 fgg., Zimmermann im zivil. Arch. XXXVII. S. 230 fgg.

Anm. Mit der op. novi nuntiatio und dem daraus hervorgehenden restitutorischen Interdikte ist die *prohibitio* und das dadurch begründete *interdictum Quod vi* nahe verwandt. Wenn nämlich eine Veränderung mit einem Grundstücke vorgenommen werden soll, und ein dadurch Beeinträchtiger dieselbe ernstlich verboten hat (prohibitio), so wird, wenn diesem Verbote zum Trotz der Prohibitus dennoch diese Veränderung bewerkstelligt hat, das interdictum Quod vi begründet, vermittelst dessen ohne Weiteres die Wiederherstellung des zur Zeit des Verbots bestandenen Zustandes verlangt werden kann.

I. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß diese Prohibitio nicht nur dieselben wesentlichen Vortheile, wie die Nuntiatio bietet, sondern in mehrfachen Beziehungen noch umfassender und vortheilhafter ist. So ist:

1) der Begriff des opus, gegen welches die Prohibitio mit Wirksamkeit gerichtet werden kann, weiter zu bestimmen, als bei der op. novi nuntiatio. Allerdings gehören zwar auch hierher nur opera *in solo* facta, l. 1. §. 4, l. 7. §. 5, l. 20. §. 4. h. t., aber nicht blos Bauwerke, sondern alle an einem Grundstück vorgenommenen nachtheiligen Veränderungen, so daß dahin z. B. auch gezählt wird das Abhauen oder Abschneiden von Bäumen, Weinstöcken oder Gesträuchen, l. 7. §. 5, l. 13. pr. §. 3. 4. 7. h. t., l. 11. arbor. furtim caesar. (47, 7), ungehörige Mischung des Bodens mit Dünger, l. 7. §. 6. h. t., Verunreinigung von Brunnen, l. 11. pr. h. t., Umpflügen, l. 22. §. 1. h. t. u. dgl. mehr. Wird dagegen die Veränderung nicht an dem Grundstück, sondern nur auf demselben vorgenommen, so findet das Interdikt nicht Statt, und so kann es z. B. wegen abgebrochener Früchte, Blumen u. dgl. nicht gebraucht werden, l. 7. §. 5. h. t.

2) Das Recht zu prohibiren und folgeweise das interdictum Quod vi steht nicht blos dem Eigenthümer des beeinträchtigten Grundstücks und demjenigen, der eine utilis vindicatio hat, zu, sondern einem jeden Interessenten, l. 11. §. ult. h. t.

Ulp. „Idem Julianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere",

vgl. auch l. 11. §. 1. 10. 12, l. 12, l. 13. §. 3. h. t. Demnach kann denn auch der Usufruktuar, und zwar nicht blos procuratorio nomine, sondern selbstständig, und also auch dem Proprietar

selbst gegenüber, prohibiren, l. 12, l. 13. pr. h. t., und auch Miteigenthümer können gegeneinander von diesem Rechte Gebrauch machen, l. 13. §. 3 h. t., ja selbst Pächter, und solche, welche *precario* das Grundstück inne haben, sind davon nicht ausgeschlossen, l. 11. §. 12, l. 12. h. t. Immer wird aber doch ein gegenwärtiges Interesse verlangt, und so kann also z. B. der Käufer, wenn das opus zwar nach dem Verkaufe, aber vor der Tradition, errichtet wurde, das Interdikt nicht gebrauchen, obwohl er allerdings mit der actio emti die Zession desselben verlangen kann, l. 11. §. 9—13. h. t.; l. 13. §. 12. de A. E. V. (19, 1). Daß der Kläger zur Zeit der Klaganstellung noch besitze, ist nicht erforderlich, l. 16. pr. h. t., und so kann z. B. wenn nach Errichtung des opus das beeinträchtigte Grundstück verkauft und tradirt wurde, dennoch der Verkäufer das Inderdikt gebrauchen, und in diesem Falle ist er begreiflich auch nicht zur Zession verpflichtet, l. 11. §. 8. h. t. Vgl. auch *Mayer* l. c. obs. IV. p. 20 sqq. und Archiv für praktische Rechtsw. III. S. 142 fgg.

3) Besondre Formen kommen für die Prohibitio nicht vor. Sie ist überall dann vorhanden, wenn der Interessent in irgend einer Weise sich dem opus ernstlich widersetzt hat, sei dies, daß er thätlichen Widerstand geleistet, oder daß er sein Verbot durch symbolische Handlungen oder wörtliche Erklärung ausgesprochen hat, l. 20. §. 1. h. t.:

Paul. „Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia",

l. 1. §. 5 sqq. h. t., l. 73. §. 3 de R. J., und als symbolische Handlung für diese Prohibitio kommt namentlich der *lapilli jactus* vor, vgl. außer l. 20. §. 1. cit. auch die l. 1. §. 6. h. t., l. 6. §. 1. si servit. vindic. (8, 5), l. 5. §. 10. de op. nov. nunt. (39, 1). Natürlich enthält also auch die op. novi nuntiatio ein solches Verbot, und es versteht sich also von selbst, daß mit dem interd. demolitiorium ex op. nov. nuntiatione das interdictum Qod vi elektiv konkurrirt, l. 7. §. 2. h. t. Ob man die Prohibitio in eigner Person oder durch Stellvertreter vornimmt, ist ganz gleichgiltig, l. 3. pr., l. 17. h. t., und selbst durch einen Sklaven kann sie wirksam geschehen, l. 3. pr. h. t., was bei der op novi nuntiatio nicht der Fall ist, s. oben S. 548, und da die Prohibitio nicht in rem sit, sondern in personam, so braucht sie auch begreiflich nicht in unmittelbarer Nähe des novum opus vorgenommen zu werden. — Wenn jetzt Zimmermann a. a. O. S. 231 fgg. behauptet, daß die prohibitio nur dann das interd. quod vi hervorbringen könne, wenn der Unternehmer des Werkes dem nachherigen Prohibenten von

dem vorzunehmenden Werke Anzeige gemacht, und damit selbst das mögliche Interesse dieses Andren anerkannt habe: so ist dieses völlig grundlos, indem die dafür angeführten Stellen augenscheinlich gar nicht von dem interd. Quod vi, sondern von dem interd. Quod clam reden, und die in ihnen erwähnte denuntiatio nur die Bedeutung hat, von dem Unternehmen den Vorwurf der Klandestinität abzuwenden; s. das Ende dieser Anm.

4) Für die Prohibitio gilt derselbe wichtige Satz, wie für die Nuntiatio, daß nämlich das dadurch begründete Interdikt ohne Weiteres statthaft ist, sobald das Verbot nicht beachtet und also ein opus vi factum vorhanden ist. Ob der, welcher das opus errichtete, ein Recht dazu hat oder nicht, bleibt dabei außer aller Berücksichtigung, l. 1. §. 2. 3. h. t.:

> *Ulp.* „Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. (§. 3.) Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit objicere: *quod non jure meo receperim* [Vulg.: fecerim]. Et magis est, ne possit; nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest".

5) Wir haben früher gesehen, daß die Nuntiatio durch den Tod des Nuntianten und durch Veräußerung des beeinträchtigten Grundstücks ihre Kraft verliert, s. oben S. 550, und es entsteht die Frage, ob dasselbe auch für die Prohibitio angenommen werden müsse? Hasse a. a. O. S. 20. bejaht dies aus allgemeinen Gründen. Für den Fall des Todes ist dieses entschieden irrig, indem in l. 13. §. 5. fin. h. t. dem Universal-Successor das Interdikt eingeräumt wird, „sive antequam successerit, *sive postea aliquid sit vi aut clam admissum*", also namentlich in dem Falle, wenn zwar die Prohibitio von dem Erblasser selbst, oder, was einerlei ist, von der hereditas jacens, ausgegangen, das opus aber erst nach der Erbschaftsantretung errichtet ist. Sehr wahrscheinlich ist mir aber, daß selbst ein Singular-Successor auf den Grund einer, von seinem Auktor ausgegangenen Prohibitio das Interdikt gebrauchen kann, und zwar dürfte dies deutlich genug aus l. 11. §. 9. h. t. hervorgehen:

> *Ulp.* „Plane si post venditionem fundi opus factum est, *etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est*, tamen ex emto actione emtori tenebitur",

denn wenn hier gesagt ist, der Verkäufer dürfe hier darum noch selbst das Interdikt gebrauchen, weil noch keine Tradition erfolgt sei, so liegt doch der Gedanke nahe, daß nach erfolgter Uebertragung der Käufer zur Anstellung berechtigt sei.

6) Während bei der Nuntiatio der Grundsatz gilt, daß der Nuntiat zum possessor wird, und der Nuntiant also die Klägerrolle übernehmen, und sein jus prohibendi darthun muß, s. oben S. 556 fgg., so verhält sich dies bei der Prohibitio gerade umgekehrt, l. 5. §. 10. de op. novi nunt. (39, 1). Nicht der Prohibirende hat also als Kläger aufzutreten, sondern der Prohibitus muß die Klägerrolle übernehmen, und durch einen von ihm einzuleitenden Rechtsstreit die Wirkung der Prohibitio aufzuheben versuchen.

II. Auf der andren Seite liegt aber ein unverkennbarer Vorzug der Nuntiatio vor der Prohibitio darin, daß durch die erstre immer dem Werke selbst gleichsam ein Bann aufgelegt wird, und demgemäß das interd. demolitorium selbst dann begründet ist, wenn auch die Fortsetzung der Anlage in völlig gutem Glauben geschah, während sich dies bei der Prohibitio anders verhält. Das interd. Quod vi setzt nämlich nothwendig ein Delikt, ein opus *vi* factum voraus, und es ist demnach völlig unanwendbar, wenn das opus von Jemanden errichtet worden ist, welchem das Verbot unbekannt geblieben war, l. 20. §. 3. h. t.:

> *Paul.* „Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem, fecerit, dicendum esse Pomponius ait, non incidere eum in interdictum“.

Ist aber diese Voraussetzung einmal begründet, ist also ein opus vi factum vorhanden, so kann doch nicht blos gegen den Thäter, sondern allerdings auch gegen den unschuldigen Besitzer die Klage erhoben werden, l. 15. pr. h. t., denn das Edikt lautete ja: quod vi aut clam *factum est,* nicht aber: quod vi aut clam *fecisti*, vgl. l. 1. pr., l. 5. §. 13. h. t. Doch sind freilich die Leistungen, die in dem einen oder dem andren Falle von dem Verklagten gefordert werden können, sehr verschieden, wie dies Paulus kurz und treffend in l. 16. §. 2. h. t. andeutet:

> „In summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis; qui fecit, nec possidet, impensam; qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet“,

vgl. l. 7. pr. §. 1, l. 13. §. 7, l. 14, l. 15. §. 1. h. t., l. 4. §. 2, l. 13. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3). Doch ist noch zu bemerken, daß der Thäter außer den Restitutions-Kosten auch noch alles sonstige Interesse vergüten muß, l. 11. §. 4, l. 15. §. 7 sqq., l. 21. §. 3. h. t., und daß mehrere Thäter in solidum verhaftet sind, l. 6, l. 15. §. 2. h. t., vgl. Ribbentrop, Korreal-Obl. S. 95 fgg., Schmidt, Interdikten-Verfahren S. 200 fgg. Gegen die Erben des Thäters kann die Klage bis zum Belauf der Bereicherung angestellt werden, l. 15. §. 3. h. t. — Außer dem bisher hier besprochenen Vorzug des interd. ex op. novi nuntiatione

vor dem interd. Quod vi ist übrigens auch noch der andre bemerkenswerth, daß das letztre schon nach Ablauf eines Jahrs, von Beendigung des Werks an, wegfällt, obwohl doch aus besonders triftigen Gründen auch noch nach dieser Zeit die Klage zugelassen wird, l. 15. §. 3—6. h. t.

III. Betrachten wir die bisher angedeuteten Grundsätze über das interd. Quod vi etwas genauer, so treten uns insbesondre zwei Bedenklichkeiten entgegen. Sehr auffallend muß uns nämlich erstens die dadurch herbeigeführte so überaus große Beschränkung des Eigenthumsrechts erscheinen. Der Eigenthümer, welcher auf seinem eigenen Grund und Boden eine beliebige Veränderung vornimmt, soll dem, vielleicht ganz unveranlaßten und rechtlosen Verbote irgend eines Dritten gehorchen, und mit seinem Werke einhalten müssen, bis er in einem Rechtsstreite den Prohibirenden besiegt habe! Während selbst durch die förmliche, so mannigfach beschränkte op. novi nuntiatio doch nur die Wirkung herbeigeführt wird, daß zwar allerdings der Nuntiat vorläufig den Fortbau sistiren, dagegen aber der Nuntiant als Kläger auftreten muß, soll die formlose Prohibition die viel umfassendere Wirkung haben, den Prohibitus nicht nur vorläufig zu binden, sondern ihm auch noch überdies die Klägerrolle aufzuzwingen. Das zweite Bedenken betrifft das Verhältniß der Prohibitio und der Nuntiatio zu einander. Da nämlich in allen Fällen, in denen die Nuntiatio anwendbar ist, auch die Prohibitio Platz greifen kann — wie schon daraus hervorgeht, daß allgemein auch aus der Nuntiatio das interdictum Quod vi begründet ist, l. 7. §. 2. h. t. —, die letztre aber weit überwiegende Vortheile vor der erstren darbietet, so scheint es nicht wohl erklärlich zu sein, daß nur überhaupt praktisch noch von der Nuntiatio bei den Römern die Rede sein konnte. Die wenigen, vorher bei II. bemerkten Vorzüge der Nuntiatio vor der Prohibitio reichen dazu offenbar nicht aus, und in keinem Falle wird dadurch der Ausspruch Ulpian's in l. 5. §. 10. h. t. erklärt, wornach in manchen Fällen die Nuntiatio sogar nothwendig sein soll. — Um diese Bedenklichkeiten zu beseitigen, haben mehrere neuere Juristen, namentlich Wiederhold, die O. N. N. S. 73 fgg., und besonders Francke in der angef. Abh. den neuen Weg eingeschlagen, daß sie einen wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Fällen annehmen, ob Jemand eine Veränderung auf einem fremden Grunde und Boden vornehme, oder ob er die Anlage auf eignem Grundstücke mache. Im erstren Falle sei die in dem Obigen angedeutete Theorie des interd. Quod vi völlig begründet; im zweiten Falle aber, wenn Jemand auf seinem eigenen Grundstücke eine Veränderung vornehme, brauche er sich um die blose Prohibitio eines dritten Interessenten nur dann zu bekümmern, wenn

derselbe auch wirklich ein jus prohibendi habe, und es finde also in diesem Falle das interd. Quod vi nur dann Statt, wenn der Kläger damit zugleich auch den vollen Beweis seines Verbietungsrechts verbinde. Es leuchtet von selbst ein, daß durch die Annahme dieser Unterscheidung das erste oben berührte Bedenken vollkommen gehoben erscheint, und eben so würde sich darnach auch das gegenseitige Verhältniß der Prohibitio und der Nuntiatio in sehr genügender Weise bestimmen lassen, indem sich dann Alles auf den einfachen Satz zurückführen lassen würde, daß die Prohibition und das daraus hervorgehende interd. Quod vi eigentliche Bedeutung nur dann hätten, wenn Jemand eine Veränderung an fremdem Grundstücke vornehme, während die eigentliche Sphäre der op. novi nuntiatio die sei, wenn Jemand auf seinem eigenen Grund und Boden ein uns benachtheiligendes opus errichte. Ueberdies scheint aber auch nur durch jene Unterscheidung die oben S. 557. abgedruckte l. 5. §. 10. de O. N. N. in genügender Weise erklärt werden zu können, denn dort heißt es ja geradezu: wenn Jemand auf unsrem Grundstück ein opus zu errichten beginne, so würden wir wohl thun, zu prohibiren und nicht zu nuntiiren, wenn Jemand aber auf seinem eigenen Grund und Boden eine uns beeinträchtigende Veränderung vornehme, dann sei die Nuntiatio nöthig (*„ut si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria“*). Mit der herrschenden Lehre, welche jene Unterscheidung nicht kennt, scheint sich dieser Ausspruch Ulpian's schlechthin nicht vereinigen zu lassen, und namentlich sieht sich dadurch Hasse a. a. O. S. 42 fgg. zu einer Interpretation gedrängt, welche nicht blos, wie er selbst zugibt, sehr gezwungen ist, sondern die ich geradezu für eine unmögliche halten muß. Es sollen nämlich die Worte „op. novi denuntiatio“ nicht von dem Rechtsmittel der op. novi nuntiatio, sondern von der Anzeige verstanden werden, welche derjenige, welcher einen Neubau unternehme, den dabei Interessirten machen müsse, um dem Vorwurfe der Heimlichkeit und dem interdictum Quod clam zu entgehen!! vgl. dagegen auch Francke a. a. O. S. 381 fgg. — So ansprechend nun hiernach auch die neue Theorie erscheint, und so sehr sie geeignet ist, wesentliche Schwierigkeiten zu beseitigen, so wenig dürfte sich dieselbe doch mit unsren Quellen in befriedigenden Einklang bringen lassen. Ganz allgemein heißt es, ein opus sei dann *vi* factum, „si quis contra, quam prohiberetur, fecerit“, l. 1. §. 5. h. t.; ganz allgemein edizirt ferner der Prätor: „Quod vi — — factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas“, l. 1. pr. h. t., und eben so allgemein wird endlich von dem interd. Quod vi gesagt, daß dabei das jus faciendi außer allem Betracht bleibe, l. 1. §. 2. 3.

h. t. In allen diesen Aussprüchen die von Wiederhold und Francke gemachte Unterscheidung subintelligiren zu wollen, ist mehr als bedenklich, und gewiß mit Recht hat sich daher neuerlich Schmidt in der angef. Abh. gegen diese neuen Ansichten erklärt. In der That sind dieselben auch zur Beseitigung der oben angedeuteten Bedenklichkeiten gar nicht nothwendig, wenn man nur erwägt, daß die Prohibitio eine sehr natürliche Beschränkung ihrer Anwendbarkeit in dem einfachen Satze des römischen Rechts findet, daß in jeder Prohibitio ein Besitzakt des Prohibirenden liegt, und dagegen also, sofern dadurch ein Eingriff in fremden Besitz gemacht wird, das interd. Uti possidetis als völlig statthaft erscheint, l. 3. §. 2. uti possidetis (43, 17):

> *Ulp.* „Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione",

vgl. §. 3. 4. fin. eod. Kommt nun also eine Prohibitio unter solchen Umständen vor, daß darin eine Besitzstörung liegt, so würde dieselbe zwar allerdings für den Augenblick inhibirende Kraft haben, und wenn der Prohibitus so unverständig wäre, Trotz derselben sein opus fortzusetzen, so würde er allerdings ohne Weiteres dem interd. Quod vi ausgesetzt sein; aber dieser kleine, und nur unter Voraussetzung eines unbesonnenen Gegners erreichbare Vortheil würde weit überwogen durch die großen Nachtheile, die daraus für den Prohibirenden hervorgehen, denn der Prohibitus wird, will er besonnen handeln, sein opus eine kurze Zeit ruhen lassen, und alsbald mit dem interd. Uti possidetis gegen den Prohibirenden auftreten, und in Folge davon muß derselbe alsbald verurtheilt, und seine Prohibitio für unwirksam erklärt werden, ohne daß nur irgend über sein *jus prohibendi* dabei verhandelt würde. Gerade darin, daß man dieses Letztere gewöhnlich übersah, und von der irrigen Meinung ausging, der Prohibitus müsse stets, um die Wirkung der Prohibitio aufzuheben, als Kläger in einem petitorischen Rechtsstreit sein Recht zur Errichtung des opus beweisen, dürfte der wesentliche Grund zur Entstehung der neuen Theorie liegen; denn hält man fest, daß der Prohibitus stets, sobald die Prohibitio sich als Besitzeingriff herausstellt, durch das interd. Uti possidetis nicht nur alsbaldige Aufhebung des Verbots, sondern auch eine Kondemnirung des Prohibirenden herbeiführen kann, so beseitigen sich nicht blos aaf das Einfachste die beiden oben berührten Bedenken, sondern es erklärt sich auch die l. 5. §. 10. de op. novi nunt. völlig genügend, ohne daß wir zu einer Theorie unsre Zuflucht nehmen müßten, die in den Quellen so gar keinen hinlänglichen Stützpunkt findet. Der richtigen Ansicht nach ist nämlich zwischen der Nuntiatio und der Prohibitio der wesentliche Unterschied, daß die Nuntiatio niemals einen Besitz-

eingriff involvirt, so wenig, daß der Nuntiant dadurch vielmehr auf alle ihm etwa zustehenden Besitzrechtsmittel verzichtet, während umgekehrt die Prohibitio immer einen Besitzakt in sich schließt, und der Prohibirende also dadurch thatsächlich seinen Willen, zu besitzen ausspricht. Mit wahrem nachhaltigem Vortheile kann demnach von der Prohibitio nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Prohibirende sicher ist, in dem durch die Prohibitio veranlaßten Besitzprozeß nicht zu unterliegen, sei es, daß er selbst wirklich Besitzer ist — einerlei ob corporis oder juris possessor —, oder sei es, daß doch wenigstens der Prohibitus nicht Besitzer ist: und wenn diese Voraussetzungen fehlen, so darf man, wenn man sich nicht in Nachtheil bringen will, nicht zur Prohibitio schreiten, sondern muß zur Nuntiatio seine Zuflucht nehmen. Dieses ist es, was Ulpian in l. 5. §. 10. cit. kurz und bezeichnend ausdrückt:

> „*At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria*“.

Vgl. überhaupt Schmidt a. a. O.

IV. Wir haben bisher von dem interdictum *Quod vi* geredet. Ganz dieselben Grundsätze treten aber auch ein, wenn ein opus *clam* factum vorhanden ist, denn das Edikt des Prätor lautet:

> „Quod vi *aut clam* factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas“.

Es ist aber ein opus clam factum dann vorhanden, wenn Jemand, während er die Prohibitio eines Andren erwartete, oder doch hätte erwarten müssen, die Veränderung vorgenommen hat, ohne dem dabei Betheiligten Anzeige davon gemacht zu haben, l. 3. §. 7. h. t.:

> *Ulp.* „Clam facere videri, Cassius scribit, eum, qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam, aut debuit timere“,

l. 3. §. 8, l. 4, l. 5. pr. §. 1—7, l. 18. §. 1. h. t., l. 73. §. 2. de R. J. Soll aber durch eine solche Anzeige der Vorwurf der Heimlichkeit abgewendet werden, so darf dieselbe nicht ganz vag sein, sondern es muß dabei die Art des Werks, Zeit und Ort der Errichtung u. dgl. angegeben, l. 5. §. 2. h. t., und es muß auch bald nach der Anzeige das Werk wirklich errichtet werden, l. ult. §. ult. h. t. — Das versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn auch das Edikt lautete: quod vi *aut* clam factum est, das Interdikt doch auch unbedenklich dann Anwendung findet, wenn Gewalt und Heimlichkeit bei demselben zusammentreffen, l. 11. §. 5. h. t., l. 4. §. 1. C. de V. S. (6, 38).

5) Von der damni infecti cautio. §. 678.

Dig. XXXIX. 2. de damno infecto et de sugrundis et protectionibus. Unterholzner II. S. 714 fgg., Koch III. S. 95 fgg. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 47, *Westphal*, de libert. et servitutib. praedior. cap. 12. §. 202 sqq., Hesse, die cautio damni infecti. Leipz. 1838. (Umarbeitung einer latein. Preisschrift: de cautione damni infecti ex jure Rom. Jen. 1837), Groh über die Kaution wegen zukünftigen Schadens. München 1854; s. auch Schäffer im prakt. Archiv II. S. 272 fgg. Ueber das Geschichtliche vgl. auch *Huschke*, de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant. Vratisl. 1832. (deutsch bearbeitet als Zugabe zu dessen Schrift über »Gaius« Leipzig 1855. S. 203 fgg.)

1) *Gai.* l. 2. h. t.: Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.

2) *Ulp.* l. 7. pr. §. 1. h. t.: Praetor ait: ***Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo ei, qui juraverit non calumniae causa id se postulare, eumve cujus nomine aget, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fiet, in annos decem satisdari jubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur, postulabitur, ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Ejus rei nomine, in cujus possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse jubebo. (§. 1).*** Hoc Edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in

legis Aquiliae actione et aliis; de damno vero facto nihil Edicto cavetur; quum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim quum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare.

Anm. Bei der damni infecti cautio müssen zwei Hauptfälle unterschieden werden. Zunächst nämlich kommt es sehr oft vor, daß Jemand, sei es in Folge einer ihm zustehenden Servitut oder aus einem andren Rechtsgrunde, auf unsrem Grunde und Boden etwas vornehmen darf, z. B. Wege, Kanäle u. dgl. ausbessern, etwas durch Zufall dahin Gekommenes wegschaffen, u. dgl. m., und hier gilt im Allgemeinen die Regel, daß ihm dieses nicht anders gestattet wird, als bis er die damni infecti cautio gestellt hat, vgl. l. 5. §. 4, l. 9. §. 1, l. 15. ad exhib. (10, 9), l. 19. §. 4. loc. cond. (19, 2), l. 9. §. 1. 2. 3, l. 30. h. t., l. 3. §. 11, l. 5. §. 4. de itin. actuque priv. (43, 19), l. 1. §. 38. de aqua quotid. (43, 20), l. 3. §. 9. de rivis (43, 21), l. 1. pr. §. 12. 14. de cloac. (43, 23). Hier erscheint also die Bestellung jener Kaution als die Bedingung für die Ausübung jener Rechte, und besondrer Zwangsmittel bedarf es offenbar nicht, indem es vollkommen hinreicht, daß die Ausübung jenes Rechts versagt, und namentlich die, gerade für solche Fälle sehr gewöhnlichen prohibitorischen Interdikte so lange verweigert werden, bis die Kaution gestellt ist, legg. citt. Ueberdies kann aber auch der Eigenthümer, um die Stellung dieser Kaution zu erzwingen, sich der Prohibitio bedienen l. 3. §. 6. quod vi aut clam (43, 24), und dann in Folge davon das interdictum Quod vi aut clam gebrauchen. — Es gibt aber auch noch einen zweiten Hauptfall für die damni infecti cautio, wenn nämlich Jemanden durch die schlechte Beschaffenheit eines Grundstücks oder einer darauf errichteten Anlage Schaden droht, und dieser Fall wird den ausschließlichen Gegenstand der folgenden Erörterungen bilden.

Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß Niemand verpflichtet ist, für den Schaden einzustehen, der durch seine Sachen angerichtet worden ist. Wie aber dieses Prinzip schon im alten Zivilrechte für belebte Sachen, für Sklaven und Thiere, in der Zulässigkeit von Noxalklagen eine Beschränkung fand, so enthielt auch schon das ältere Recht über den durch die Fehlerhaftigkeit fremder Anlagen veranlaßten Schaden besondre Vorschriften, vgl. l. 5. ne quid in

flum. (43, 8), Gai. IV. 31, deren Inhalt wir jedoch mit Sicherheit zu bestimmen nicht im Stande sind, vgl. darüber *Huschke* l. c. p. 10 sqq. (in der deutschen Bearbeitung S. 208 fgg.) und allenfalls Hesse a. a. O. S. 11 fgg. Die Grundlage des neueren römischen Rechts bildet das prätorische Edikt (T. 2), dessen Bestimmungen im Wesentlichen darauf hinausgehen, daß der durch solchen Schaden Bedrohte die Stellung einer Kaution verlangen darf, und ihm zu diesem Zwecke mehrfache Zwangsmittel zur Seite stehen; woraus dann von selbst hervorgeht, daß, wenn er von diesem Rechte Gebrauch zu machen versäumt hat, eine Klage auf Schadensersatz nicht zulässig ist. Im Einzelnen kommt es hierbei auf folgende Hauptgrundsätze an:

I. Die Kaution (über deren Formel Schmidt v. Ilm. in der Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 21 fg. zu vergleichen ist) kann gefordert werden wegen eines jeden Schadens, welcher uns durch die schlechte Beschaffenheit eines Nachbar-Grundstücks droht, namentlich *vitio aedium, loci, operis, arborum*, l. 24. pr. §. 2. 9. 12. h. t., vgl. l. 18. ratam rem haberi („cavet, *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur*"). Das vitium *aedium* („aedes ruinosae") und das vitium *arborum* erklären sich von selbst. In Betreff des vitium *loci* ist aber zu bemerken, daß die Kaution nicht etwa schon dann gefordert werden kann, wenn ein Grundstück von Natur so beschaffen ist, daß daraus für die Anlieger Nachtheile entspringen, indem es z. B. von Natur sehr sumpfig oder sandig ist, sondern es wird immer ein „vitium extrinsecus accidens" erfordert, d. h. das Grundstück muß die uns gefährdende Eigenschaft erst von außen her, sei es durch Anlage von Menschenhand oder durch Naturereignisse erlangt haben, l. 24. §. 2. h. t.

Ulp. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine, quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur".

Was endlich das vitium *operis* anbelangt, so sind darunter alle auf einem Grundstücke von Menschenhand gemachten Anlagen zu verstehen, wie z. B. Wetter- und Vordächer (*suggrunda* et *protectiones*, cf. Rubr. h. t.), Wasserbauten (opera in flumine ripave ejus, l. 7. pr. h. t.), Düngergruben, l. 7. §. 2. si serv. vindic. (8, 5), Brunnen, l. 24. §. 12. h. t., Wasser-Röhren oder Rinnen, l. 18. 29. de servit. praed. urb. (8, 2), Backofen, l. 24. §. 7. h. t., l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2) u. dgl. m., und zwar findet die stipulatio operis nomine nicht blos Statt, wenn die Anlage schon vollendet ist, sondern auch, wenn sie noch im Entstehen ist, in welchem

letztren Falle sie aber doch nicht blos den Schaden begreift, welcher während der Errichtung dadurch herbeigeführt wird, sondern auch den nachher dadurch begründeten, l. 24. pr. h. t.:

> *Ulp.* „Sed quod dictum est, *operis vitio*, sic accipiendum est, etiamsi proponas, non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat; quid enim, si ideo, quia male aedificatum erat, corruit“?

Wo übrigens die Anlage gemacht wird, auf einem Privat- oder einem öffentlichen Grundstücke, ist gleichgiltig, l. 19. §. 1. h. t.:

> *Gai.* „Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Praetor, ut timenti damnum caveatur“,

und nur soviel versteht sich von selbst, daß in Betreff eines öffentlichen Grundstücks blos wegen eines vitium operis, und nicht auch wegen eines vitium loci die Kaution gefordert werden darf, l. 15. §. 3, l. 24. pr. h. t. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Kaution selbst von dem Eigenthümer eines ganz fehlerlosen Gebäudes gefordert werden kann, nämlich dann, wenn dasselbe an ein baufälliges angrenzt, und zu befürchten ist, daß durch den Einsturz des schadhaften Hauses auch das fehlerfreie umgeworfen, und dadurch uns ein Schaden zugefügt würde; „quamvis possit quis dicere, non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerunt; sed quum prospicere sibi potuerit [per] damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur“, l. 13. §. 2. h. t.

II. Die Frage, wem ein Recht auf die damni inf. cautio zustehe? beantwortet Paulus im Allgemeinen in l. 18. pr. h. t. dahin:

> „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est“,

und demnach ist denn nicht blos der Eigenthümer der gefährdeten Sache, der Superficiar, l. 13. §. 8, l. 39. §. 2. h. t., der Usufruktuar, l. 5. §. 2. l. 13. §. 8, der Pfandgläubiger, l. 11. h. t., sondern es ist selbst derjenige zur Forderung der Kaution befugt, welcher nur vermöge obligatorischen Anspruchs die Inhabung der Sache hat, l. 13. §. 5, l. 21, l. 38. pr. h. t. Dagegen kann derjenige, welcher in dem gefährdeten Grundstücke blos ab- und zugeht, und einzelne Handlungen darauf vornimmt, die Kaution nicht begehren, l. 13. §. 4. h. t.:

> *Ulp.* „Coeterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei, qui in meo lavet, vel in mea taberna devertat, caveri debet“,

und eben so soll auch der *bonae fidei possessor* nach sehr bestimmten

gesetzlichen Aussprüchen von diesem Rechte ausgeschlossen sein, l. 11. h. t.:

Ulp. „Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit, utrum repromittere, quia suum jus tuetur, an satisdare, quia dominus non est, debebit? Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoratitio damni infecti caveri debeat; et ait Marcellus, inutiliter ei caveri; idemque etiam de eo cavendum, qui non a domino emit, nam nec in hujus persona committi stipulationem; aequissimum tamen puto, huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem";

l. 13. §. 9. eod.:

Ulp. „Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait",

und in der That scheint es auch der Natur der Sache völlig angemessen zu sein, daß, sobald es juristisch gewiß geworden ist, daß der Stipulator ein blos putatives Recht hat, keine Klage aus einer Stipulation Statt finden kann, die unter Voraussetzung seines Eigenthumsrechts abgeschlossen worden ist. Mag man jedoch auch über den wahren Grund dieser Vorschrift verschiedener Ansicht sein, vgl. z. B. *Cujac.* in libr. XLVIII. Paul. ad Edict. ad l. 18. h. t. (in opp. V. p. 646.), *Voet* ad h. t. §. 4, Thibaut, Syst. §. 732., Bachofen, Pfandr. I. S. 110 fgg. u. A. m., so sollte doch die Vorschrift selbst nicht bestritten werden, und es ist gewiß nicht zu billigen, wenn *A. Faber* conj. II. 17. mit gewohnter Kühnheit in l. 11. cit. die Endworte: id est creditori per stipulationem als unechtes Glossem ausmerzen will, so daß nun Ulpian sich in den Worten: aequissimum tamen puto, *huic* prospiciendum, gerade in Betreff des bonae fidei emtor gegen Marcellus erklären würde, unter welcher Voraussetzung dann natürlich auch die l. 13. §. 9. cit. nur so verstanden werden könnte, daß hier die Meinung des Marcellus blos referirt, aber nicht gebilligt werden sollte; doch fehlt es dieser Ansicht auch h. z. T. nicht an Anhängern, und namentlich haben sich noch neuerlich *Reizenstein*, num bonae fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio? Monach. 1830. p. 29 sqq. und Hesse a. a. O. S. 70 fgg. ausführlich für dieselbe ausgesprochen, s. auch Jhering, Abhh. S. 104. 111 fg. und Groh a. a. O. S. 18 fgg. — Noch fragt es sich, wem das Recht, die Kaution zu fordern, dann zustehe, wenn das gefährdete Grundstück zwar verkauft, aber noch nicht an den Käufer übertragen worden ist, ob dem Verkäufer oder dem Käufer? Die Regel ist hier, daß nur der Verkäufer dazu berechtigt, aber auch dem Käufer gegenüber dazu verpflichtet ist, so daß diesem im Unterlassungsfalle die actio emti deßhalb zusteht. Hätte der Käufer die Stipulation abgeschlossen, so ist diese für die Zeit vor der Tra-

dition ganz unwirksam, während sie für den Fall, daß der Einsturz erst nach der Tradition erfolgt, allerdings für den Käufer eine Klage begründet, l. 18. §. 7—10, l. 38. pr. h. t., vgl. *Cujac.* in libr. XLVIII, *Paul.* ad Edict. ad l. 18. §. Emtor. (in opp. V. p. 648 sqq.), *Westphal* l. c. §. 226 sqq., Groh a. a. O. S. 22 fg. — Aus diesen Erörterungen über das Recht auf Kautionsleistung geht übrigens von selbst hervor, daß auch Mehrere neben einander, ein Jeder in Beziehung auf sein besondres Interesse, die Kaution fordern dürfen, l. 5. §. 2. h. t.:

> *Paul.* „Si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est, nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique praestiturus, quam quod ejus intersit“,

vgl. l. 21, l. 27, l. 39. §. 2. h. t. Für den Fall, daß das gefährdete Grundstück im Miteigenthume Mehrerer steht, muß jeder einzelne Eigenthümer für sich stipuliren, und zwar ohne in die Stipulation den besondren Eigenthums-Antheil aufzunehmen, denn da die Stipulation schon ohnedies immer nur auf das besondre Interesse des Stipulator geht, so würde die Zufügung eines quoten Theils „partis partem facere“, l. 27. h. t. — Schließlich ist noch zu bemerken, daß die ganze hier behandelte Frage, wer ein Recht auf Kautionsleistung habe? Anfangs, wenn die Kautionsstellung gefordert wird, nur insofern in Betracht kommt, daß der Kläger ein Rechtsverhältniß, welches ihm die Befugniß zu dieser Forderung gibt, wenigstens anführen muß. Hat er dies gethan, so wird ihm der Kalumnien-Eid aufgelegt, l. 7. pr., l. 13. §. 3. 12. h. t., lex Rubria cap. 20, und dann der Verklagte sogleich ohne weitere Untersuchung zur Kautionsstellung angehalten, l. 13. §. 3. cit.:

> *Ulp.* „Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia jurare debet. Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, *et non inquiretur, utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat an non habeat;* totum tamen hoc jurisdictioni Praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non“.

Erst wenn der Schaden wirklich eingetreten ist, und die Klage aus der Stipulation angestellt wird, muß das Recht des Stipulator, wenn es in Abrede gestellt wird, zum Gegenstand besondrer Beweisführung gemacht werden, und wird dann dieser Beweis nicht erbracht, so gilt die Stipulation nicht als verwirkt, und die Klage muß abgewiesen werden. — Wenn, was auch möglich ist, die Bitte um Kautionsleistung von einem Stellvertreter des eigentlich Berechtigten angebracht wird, so muß dieser nicht blos de rato caviren,

l. 39. §. 3. h. t., sondern auch in die Seele des Prinzipals den Kalumnien-Eid schwören, l. 7. pr., l. 13. §. 13. h. t.

III. Soll die Kaution wegen eines noch im Entstehen begriffenen Werks gestellt werden, so versteht es sich, daß gerade nur der Unternehmer desselben zur Leistung der Kaution verpflichtet ist, l. 20, l. 24. pr., l. 30. pr. h. t. In den andren Kautionsfällen dagegen haftet natürlich vor allen Dingen der Eigenthümer, l. 9. §. 4. 5, l. 10, l. 15. §. 27, l. 22. h. t., aber außer demselben auch noch der *bonae fidei possessor*, l. 13. pr. h. t., der Superfiziar und Emphyteuta, l. 9. §. 4, l. 15. §. 26, l. 19. pr. h. t., der Usufruktuar, l. 9. §. 5, l. 15. §. 25, l. 19. pr., l. 22. h. t. und der Pfandgläubiger, l. 11, l. 15. §. 25, l. 19. pr. h. t. Treffen nun mehrere Verpflichtete zusammen, so haften dieselben alternativ, und durch die Leistung der Kaution von Seiten des Einen werden also die Uebrigen befreit, l. 9. §. 4. 5. h. t. (dominum *aut* superficiarium; dominum *aut* fructuarium); über das besondre Verhältniß zwischen dem Proprietar und dem Fruktuar, welches dadurch entsteht, wenn blos der Eine leistet und der Andre die Mitwirkung verweigert, vgl. l. 9. §. 5, l. 10, l. 22. pr. h. t. Ist das gefährdende Grundstück im Miteigenthume Mehrerer, so sind die Miteigenthümer pro rata zur Kautionsleistung verpflichtet, l. 27. fin., l. 40. §. 3. h. t. Vgl. auch Bachofen, Pfandr. I. S. 116 fgg.

IV. Die damni infecti cautio wird nach Verschiedenheit der Fälle entweder durch bloses Versprechen (nuda repromissio) geleistet, oder es ist dazu eine Bürgschaftsleistung (satisdatio) erforderlich. Das Edikt lautet dafür so:

„Damni infecti *suo nomine* promitti, *alieno* satisdari jubebo", l. 7. pr. h. t. Als suo nomine kavirend ist aber nur anzusehen der Eigenthümer, und außerdem noch der bonae fidei possessor, l. 13. pr. h. t. und derjenige, welcher in Folge einer Prädialservitut eine Anlage auf fremdem Grundstücke macht, l. 13. §. 1, l. 30. §. 1. h. t. Alle Uebrigen kaviren alieno nomine, und sind also zu einer Bürgschaftsstellung verpflichtet, wie namentlich der Superfiziar, l. 9. §. 4. h. t., der Usufruktuar, l. 9. §. 5, l. 10. h. t., der Pfandgläubiger, l. 11, l. 15. §. 25, und derjenige, welcher auf einem öffentlichen Platze ein Werk errichtet, l. 7. pr., l. 15. §. 2. 6, l. 24. pr. h. t. Behauptet derjenige, welcher die Kaution leisten soll, er sei der Eigenthümer, während der Kläger ihn etwa nur für einen Superfiziar, Usufruktuar u. dgl. erklärt, so soll „*sub exceptione satisdari*", l. 7. pr., l. 31. §. 1. h. t., d. h. es müssen zwar Bürgen bestellt werden, aber diese brauchen sich blos unter der Bedingung zu verpflichten, wenn der Kavent nicht Eigenthümer sei,

l. 22. §. 1. h. t. Dem etwaigen Verlangen des Klägers, daß in einem solchen Falle derjenige, welcher sich für den Eigenthümer ausgibt, sub exceptione Bürgschaft stelle, und außerdem auch noch derjenige, welchen der Kläger für den Eigenthümer erklärt, eine Verbalkaution leiste, darf übrigens nicht entsprochen werden, sondern der Kläger kann nur einen von Beiden herauswählen, l. 22. §. 1. cit. Dieser Fall ist aber nicht mit dem andren zu verwechseln, wenn wirklich über das schadhafte Gebäude ein Eigenthums-Prozeß verhandelt wird, indem hier die Kautionspflicht immer dem possessor aufliegt, l. 39. §. 1. h. t.

V. Die Kaution braucht nie auf unbestimmte Zeit bestellt zu werden, sondern der Kavent kann verlangen, daß der Richter nach vorgängiger causae cognitio eine Zeit bestimme, nach deren Ablauf dann die Kaution von selbst erlöscht, obwohl doch freilich auch nachher, wenn noch fernerer Grund dazu vorhanden ist, eine neue Kautionsstellung verlangt werden kann, l. 4. pr., l. 7. pr., l. 13. §. ult., l. 14, l. 15. pr. h. t. Ist der stipulatio irrthümlich kein dies beigefügt worden, so soll der Kavent dennoch nach Ablauf der Zeit, welche nach Ortsgewohnheit vorzukommen pflegt, die Entbindung von seiner obligatio verlangen dürfen, während freilich dann, wenn in Folge besondrer Verabredung keine Zeit zugefügt wurde, es dabei sein Bewenden behält, und also die actio ex stipulatu statthaft ist, mag auch der Schaden erst nach noch so langer Zeit eingetreten sein, l. 15. §. 1. h. t. — Für Wasserbauten ist schon durch das Edikt selbst die Zeit von 10 Jahren bestimmt, l. 7. pr., l. 15. §. 2. 4. h. t., vgl. l. 1. pr. §. 3. de ripa mun. (43, 15).

VI. Wenn die Kaution von demjenigen, welcher dazu verpflichtet war, demjenigen, der ein Recht darauf hat, wirklich geleistet worden ist, so entsteht daraus, wenn der gefürchtete Schaden in der That eintritt, eine wirksame Klage auf vollen Schadensersatz, wobei jedoch im Einzelnen folgende Grundsätze zu beachten sind:

1) Es wird immer vorausgesetzt, daß der Schaden auch wirklich *vitio* aedium, loci operisve eingetreten ist, l. 24. §. 3—11, l. 43. pr. h. t. Die Klage fällt also weg, wenn durch ein unwiderstehliches Naturereigniß, Erdbeben, Orkan, Ueberschwemmung u. dgl. die Beschädigung erfolgt ist, und zu beachten ist dabei nur, daß, wenn ein solches Ereigniß nicht unmittelbar zerstörend wirkt, sondern nur das Gefahr drohende Grundstück zu einem vitiösen macht, die actio ex stipulatu allerdings begründet ist, l. 24. §. 5. h. t.:

Ulp. „Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulatoris aedificia ceciderint, nihil eum ex stipulatu consecuturum, quia id nec operis nec loci vitio factum est. Si autem aqua vitiet fundamenta, et sic aedi-

ficium ruisset, committi stipulationem ait; *multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit.* Et ita Labeo probat";

vgl. auch §. 11. eod. Eben so ist die stipulatio auch dann nicht verfallen, wenn die Beschädigung nicht vitio operis, sondern durch Delikt eines Dritten verursacht wird, l. 24. §. 7. h. t., und auch dann findet die actio ex stipulatu wegen eines vitium operis nicht Statt, wenn das opus von Jemanden errichtet worden ist, den der Kavent nicht daran verhindern konnte, l. 24. §. 6. h. t. Ueberhaupt wird also ein „damnum injuria datum" vorausgesetzt, l. 24. §. 3. h. t., und ein damnum „cui nulla ope occurri poterit" kann mit der Klage aus der Kaution nicht verfolgt werden. l. 24. §. 8. h. t.

2) Die Beschädigung muß natürlich vor Ablauf der Zeit erfolgen, auf welche die Wirkung der stipulatio beschränkt ist. Doch genügt es, daß nur innerhalb dieser Zeit das schadende Ereigniß eingetreten ist, sollte auch der Schaden selbst noch nicht wirklich erfolgt sein, und wenn also z. B. das baufällige Haus intra diem stipulationis auf meine Mauer gefallen ist, diese aber erst später nach Ablauf jener Zeit in Folge jenes Einsturzes zusammengebrochen ist, so ist meine actio ex stipulatu allerdings begründet, l. 18. §. 11. h. t.

3) Der Schaden muß gerade demjenigen Gebäude zugestoßen sein, auf welches bei der Kaution Bezug genommen wurde, und wenn also derjenige, welcher sich für sein Haus die damni infecti cautio bestellen ließ, nachher noch ein angrenzendes Haus erwirbt, und dann durch den Einsturz beide Häuser beschädigt werden, so kann doch aus der Kaution nur Schadensersatz für das erste gefordert werden, l. 18. §. 5. h. t. Damit verträgt es sich aber begreiflich sehr wohl, daß der Ersatz aus der Kaution sich doch auch auf diejenigen Mobilien erstreckt, die erst nachher in das Haus eingebracht worden sind, l. 18. §. 6. h. t., und an einen innern Widerspruch dieser gesetzlichen Bestimmungen oder an eine Inkonsequenz wird kein Verständiger denken.

4) Wenn derjenige, welcher die damni inf. cautio geleistet hat, Anlagen macht, welche als Ausübung seines Eigenthumsrechts erscheinen, so kann nie aus der Kaution Klage erhoben werden, sollte auch dadurch dem Nachbar geschadet, oder richtiger, sollten demselben auch dadurch Vortheile entzogen werden, in deren Genuß er bisher gewesen ist, vgl. bes. l. 26. h. t.:

Ulp. „Proculus ait, quum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione; veluti si juxta mea aedificia habeas

aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia";

vgl. auch l. 24. §. ult., l. 25. eod.

5) Die Klage aus der Stipulation geht auf Ersatz alles Schadens, welcher vitio aedium etc. verursacht ist, einerlei ob damnum emergens oder lucrum cessans, und namentlich ist auch nicht blos der Schaden zu ersetzen, welcher durch den wirklichen Einsturz erfolgte, sondern auch derjenige, welchen der Nachbar schon vorher, wegen gerechter Furcht des Einsturzes erlitten hat, wie z. B. wenn er wegen des drohenden Nachbarhauses keine Miethsleute hat finden können, oder wenn er selbst, um sein Haus zu retten, das Nachbarhaus hat stützen lassen u. dgl. m., l. 28. 29. 37 h. t. Das ist aber eine Eigenheit, daß wenn in dem beschädigten Hause ein übermäßiger Luxus aufgewendet war, z. B. in kostbaren Wandgemälden u. dgl., ein Moderationsrecht begründet ist, „quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda", l. 40. pr. h. t., vgl. l. 13. §. 1. de serv. praed. urb. (8, 2).

6) Daß die Klage aus der Stipulation auch auf und gegen die Erben und sonstige Universal-Successoren übergehe, kann nicht bezweifelt werden. Schwierigkeit hat aber hier die l. 24. §. 1. h. t. gemacht:

Ulp. „Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum, eorumque, ad quos ea res pertinet; successores autem non solum, qui in universa bona succedunt, *sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint,* his verbis continentur",

und man hat darauf schon oft den wahrhaft wunderlichen Satz gründen wollen, daß die Klage aus der Kaution auch den Singular-Successoren des Stipulator zustehe, und gegen die Singular-Successoren des Promissor angestellt werden könne! Offenbar aber will Ulpian nur sagen, daß sich die Kaution auch auf den Fall erstrecke, wenn der Schaden erst nach einer vom Stipulator oder Promissor vorgenommenen Veräußerung eingetreten sei, d. h. daß auch in diesem Falle der Stipulator gegen den Promissor aus der Kaution klagen könne, vgl. auch l. 16. §. 4, l. 18. §. 10. h. t. Doch wird natürlich, damit der Stipulator nach einer von ihm vorgenommenen

Veräußerung noch klagen könne, die Fortdauer des Interesse vorausgesetzt, und so fällt namentlich seine Klage hinweg, wenn sich der Singular-Successor durch eine eigne damni inf. cautio schon vollständig gesichert hat, l. 18. §. 10. cit.

VII. Wenn die Kaution innerhalb der vom Richter anberaumten Zeit nicht geleistet wird, so kam es in dem früheren Rechte, wie uns dasselbe in der lex Rubria cap. 20. mit Hinweisung auf das Edikt des Praetor *peregrinus* entgegen tritt, sogleich zu einer actio in factum, vermittelst deren der Kautionspflichtige auf soviel kondemnirt wurde, als er hätte leisten müssen, wenn er die Kaution gestellt hätte, vgl. auch *Huschke* l. c. p. 17 sqq. (in d. deutschen Bearbeit. S. 217 fgg.). Dies ist durch das Edikt des Praetor urbanus, wie es in l. 7. pr. h. t. uns vorliegt, dahin abgeändert worden, daß vielmehr zunächst Besitzeinweisungen angewendet werden, und dadurch eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der noxae deditio hervorgebracht wird, vgl. auch die Andeutung Ulpian's in l. 7. §. 1. h. t. (T. 2.) und in l. 9. pr. h. t.:

„Integra autem re unusquisque cogitur, aut de damno infecto cavere *aut aedibus carere, quas non defendit*",

und gleich nachher:

„non inique Praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium *aut damnum sarciat, aut aedibus careat*".

Diese Besitzeinweisung (s. darüber auch noch Bachofen Pfandr. I. S. 368 fgg.) hat aber zwei Abstufungen. Zunächst nämlich kommt es:

1) zu einer gewöhnlichen missio in possessionem (s. g. missio ex primo decreto), l. 7. pr. h. t.:

„Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire — — jubebo",

woraus für den Eingewiesenen kein *possidere*, sondern ein bloses *in possessione esse* entsteht, womit also auch kein Besitzverlust für den Eigenthümer begründet ist, l. 15. §. 20. h. t., und welche wieder aufgehoben werden muß, sobald gehörige Kaution gestellt, und die inzwischen etwa erwachsenen Kosten ersetzt werden, l. 15. §. 31. 32. 34. h. t. Gewöhnlich erfolgt die Einweisung in das ganze Schaden drohende Grundstück, und nur ausnahmsweise beschränkt sich dieselbe auf den vitiösen Theil, wenn nämlich dieser Theil auch als ein selbstständiges Ganzes aufgefaßt werden kann, l. 4. §. 1, l. 15. §. 11—14. h. t., was begreiflich öfter bei einem Feldstücke, als bei Gebäuden der Fall sein wird, l. 38. §. 1. h. t. Sind mehrere Kautionsberechtigte vorhanden, so werden sie sämmtlich in den Mitbesitz eingewiesen, und wenn der Eine von ihnen früher schon eingewiesen war, so steht dies der Einweisung des Andren nicht im Wege, l. 7. pr. fin., l. 15. §. 15, l. 40. §. 4. h. t.

2) Die missio ex primo decreto charakterisirt sich als ein bloses Zwangsmittel, um den Pflichtigen zur Stellung der Kaution zu bewegen. Erweis't sich dieses Mittel aber als unzulänglich, so kommt es nun zu einer missio *ex secundo decreto* (l. 15. §. 16. h. t.), in Folge deren für den Eingewiesenen kein bloses in possessione esse, sondern ein eigentliches possidere entsteht, l. 7. pr. h. t.:

„— — — et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo".

Hierbei gelten noch folgende Sätze:

a) Zu dem zweiten Dekrete kommt es nicht anders, als wenn „justa causa esse videbitur", also nach vorgängiger causae cognitio, l. 4. §. 4. h. t., und dies erläutert Ulpian in l. 15. §. 21. h. t. dahin, daß eine längere Zeit nach der ersten Mission hingegangen sein müsse, so daß das Gebäude entweder als derelinquirt angesehen, oder doch eine hartnäckige contumacia des Pflichtigen angenommen werden müsse. Besondre Schonung soll bei Abwesenden und Minderjährigen angewendet werden, denen aber auch in jedem Falle, selbst nach erfolgter zweiter Mission, durch in integrum restitutio geholfen wird, l. 15. §. 22, l. 19. pr. h. t., vgl. l. 30. de noxal. act. (9, 4). Uebrigens soll auch der zweiten Mission immer noch eine besondere Denuntiation an den Kautionspflichtigen vorausgehen, l. 4. §. 5. 6. h. t.

b) Wenn es nun wirklich zur zweiten Besitzeinweisung gekommen ist, so ist der Eigenthümer seines bisherigen Besitzes zu entsetzen, l. 15. §. 23. h. t., und für den Eingewiesenen entsteht ein Rechtsverhältniß, welches uns in einer ganzen Reihe von Stellen geradezu als Eigenthumsrecht charakterisirt wird; vgl. namentlich l. 15. §. 16. h. t. „secundo decreto a Praetore *dominus* constituitur", §. 17. eod. „ambo aedium fiunt *domini*" und gleich nachher „jam constituto *domino* eo", §. 33. eod. „possidere *jure dominii*", l. 7. §. 1. de usufr. (7, 1) „*jure dominii* possidere", l. 5. comm. divid. (10, 3) „et ex hoc *dominium* aedium nancisceremur", l. 7. §. 9. eod. „quum jussus possidere *vindicationem* habere possit", l. 1. pr. de fundo dotali (23, 5) „*dominus* vicinus fit, quia haec *alienatio* non est voluntaria"; l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9) „*alienationes*". Dennoch sind von jeher, besonders nach dem Vorgange von *Cujac*, Obss. XXI. 36. und tract. IX. ad Afric. ad l. 44. h. t., in opp. I. p. 1520, sehr Viele andrer Meinung gewesen, indem sie vielmehr für den Immittirten eine blose bonae fidei possessio mit conditio usucapiendi statuiren, und allerdings gibt es viele Stellen, in denen die rechtliche Folge des zweiten Dekrets so angegeben wird, daß der Eingewiesene in die Lage komme,

„per longum tempus“, „per longam possessionem“, „per longi temporis spatium“ das Eigenthum zu erwerben, vgl. namentlich l. 5. pr., l. 12, l. 15. §. 16. 26. 27., l. 18. §. 15. h. t., l. 3. §. 25. de acq. poss. (41, 2). — Die Sache verhält sich einfach so. Durch das zweite Dekret entstand zwar allerdings wahres Eigenthum, aber natürlich kein dominium ex jure Quiritium, sondern blos das in bonis, welches erst durch Usukapion in quiritarisches Eigenthum umgewandelt werden mußte, und so liegt denn in den oben angeführten verschiedenen Quellen-Aussprüchen, in ihrem ursprünglichen Sinne, nicht der mindeste Widerspruch vor. Zwar könnte man hiergegen einwenden, daß die Gesetze nicht sowohl von einer *usucapio* sprächen, als vielmehr Ausdrücke gebrauchten, welche nur auf eine *longi temporis praescriptio* bezogen werden könnten, und diese als eine prätorische Erwerbart habe kein quiritarisches Eigenthum gegeben, und sei also auch nicht anwendbar gewesen, um bonitarisches Eigenthum in quiritarisches umzuwandeln; aber für denjenigen, der mit dem Sprachgebrauch der Quellen in der Verjährungslehre bekannt ist, kann es auch nicht den mindesten Zweifel leiden, daß alle jene Stellen ursprünglich wirklich von der Usukapion sprachen, und die Beziehung auf das longum tempus, die longa possessio etc. erst durch Interpolation hineingetragen worden ist. So wenig Schwierigkeit nun hiernach auch die Vereinigung der oben angeführten verschiedenen Quellen-Aussprüche in ihrem ursprünglichen Sinne darbietet, so paßt dies doch offenbar nicht mehr für das Justinianische Recht, indem da nach Aufhebung des bonitarischen Eigenthums von der Nothwendigkeit einer Usukapion für den ex secundo decreto Immittirten keine Rede mehr sein kann. Die Aufnahme aller der Stellen, welche der Verjährung erwähnen, in die Justinianische Legislation blos der Kopflosigkeit der Kompilatoren zuzuschreiben, und ihnen demnach für das neueste Recht alle Bedeutung abzusprechen, ist aber um so gewagter, da sogar, wie schon vorher bemerkt wurde, absichtliche Interpolationen dabei vorgekommen sind; und so muß man denn diesen Stellen für das Justinianische Recht gewiß die Bedeutung beilegen, daß dabei Fälle vorausgesetzt werden sollen, in welchen derjenige, welcher die Kaution verweigert, selbst nicht Eigenthümer, sondern nur bonae fidei possessor ist; denn daß in solchen Fällen auch der Immittirte eine blose bonae fidei possessio und conditio usucapiendi erlangen, und dem Rechte des Eigenthümers, von welchem ja die Kautionsstellung gar nicht verlangt worden ist, nicht präjudizirt werden kann, versteht sich allerdings von selbst, vgl. auch arg. l. 15. §. 26. h. t. Uebrigens ist die ganze hier behandelte Frage, ob, wenn der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes die Kaution verweigert, Eigenthum oder blose bonae fidei possessio für den ex secundo

decreto Immittirten entstehe, in Wahrheit von gar keiner praktischen Bedeutung; denn wenn Manche aus der Annahme einer blosen bonae fidei possessio ableiten wollen, daß der Eigenthümer noch bis zum Ablaufe der Verjährungszeit, wenn er sich zur Herstellung des schadhaften Gebäudes oder zu vollständiger Kautionsleistung erbiete, sich vermittelst vindicatio wieder in den Besitz seiner Sache setzen könne, vgl. z. B. *Voet* lib. XXXIX tit. 2. §. 12, Zimmern im ziv. Arch. VIII. S. 160, so widerstreitet dieses ganz klaren gesetzlichen Bestimmungen, l. 15. §. 33. h. t.:

> *Ulp.* „Posteaquam autem quis possidere jure dominii a Praetore jussus est, *nequaquam locus erit cautionis oblationi*, et ita Labeo; ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur; et est hoc verissimum, seposito eo, quod quibusdam vel aetate, vel qua alia justa causa subvenitur“.

Hat aber hiernach der Eigenthümer entschieden kein Wiedereinlösungsrecht, so sieht man in der That nicht ein, wie sich die angebliche blose bonae fidei possessio des Immittirten von dem Eigenthumsrechte unterscheiden sollte.

c) Sind mehrere Berechtigte vorhanden, welchen die Kaution verweigert wird, so werden sie gemeinschaftlich ex secundo decreto immittirt, und dadurch entsteht ein Miteigenthum nach arithmetisch gleichen Theilen, sollte auch der Schaden, welcher den Einzelnen durch das baufällige Haus droht, keineswegs gleich groß sein, l. 15. §. 18. h. t.:

> *Ulp.* „Quum autem plures mittuntur in possessionem, *aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret;* et merito, nam et quum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; quum igitur plures mittuntur, *aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt*“,

vgl. auch l. 5. §. 1, l. 15. §. 17, l. 40. §. 4. h. t. Die von Manchen vertheidigte Meinung, daß dies nur für die missio ex primo decreto gelte, während bei der missio ex secundo decreto allerdings die Größe des drohenden Schadens den Maaßstab für die Größe des Antheils abgeben müsse, vgl. z. B. *Voet* lib. XXXIX. tit. 2. §. 13, hat weder innere Gründe noch die Gesetze für sich. Uebrigens gilt das eben Gesagte natürlich nur für den Fall gleichzeitiger Besitzeinweisung. Ist nämlich nur Einer ex secundo decreto immittirt worden, so liegt nun natürlich ihm die Verbindlichkeit ob, Andren, welche durch das baufällige Haus gefährdet sind, die damni infecti cautio zu stellen, und weigert er sich dessen, so treten nun gegen ihn die gewohnlichen Maaßregeln, die missio ex primo und ex secundo decreto ein, in Folge deren er sein eben erworbenes

Eigenthum wieder vollständig an den andren Kautionsberechtigten verliert, l. 15. §. 15. 17. h. t.

d) Wenn durch die zweite Besitzeinweisung Eigenthum erworben worden ist, so erlöschen dadurch auch sowohl Nießbrauch, als Pfandrechte, welche etwa Dritten zustehen, offenbar, weil ja auch der Usufruktuar und Pfandgläubiger kautionspflichtig sind, und sie sich durch Stellung der Kaution ihr Recht hätten erhalten können, l. 15. §. 25. h. t.:

„*Ulp.* „Item quaeritur in pignoratitio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui jussus sit possidere? Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur; quod et in fructuario recte Celsus scribit",

und dies ist auch gewiß der Sinn von l. 12. h. t.:

Paul. „His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit".

Doch gilt dies natürlich nur dann, wenn auch die Kaution von ihnen wirklich gefordert worden ist, was bei dem Pfandgläubiger nicht leicht anders vorkommen wird, als wenn er auch wirklich im Besitze des baufälligen Hauses sich befindet. Ist dieses nicht der Fall, so kann ihm die hypothekarische Klage nicht versagt werden, sofern er nur die von dem Immittirten aufgewendeten Reparaturkosten vollständig ersetzt, oder sich doch zu einer damni infecti cautio erbietet, l. 44. §. 1. h. t., vgl. auch l. 19. pr. h. t. An einen Widerspruch der l. 44. cit. mit den vorher angeführten Stellen, wie doch auch noch Bachofen a. a. O. S. 122 fg. annimmt, ist also nicht zu denken.

e) Wenn das Schaden drohende Grundstück im emphyteutischen Rechte Jemandes steht, so kommt es darauf an, wer zur Stellung der Kaution aufgefordert worden ist. Ist dies der Emphyteuta, so wird durch die missio ex secundo decreto auch nur emphyteutisches Recht begründet, während, wenn der Eigenthümer die Kaution verweigert, das Eigenthumsrecht auf den Eingewiesenen übergeht. Dies ist doch wohl der verständige Sinn der l. 15. §. 26. 27. h. t.:

Ulp. „Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere; nec enim dominium capere possidendo potest, sed decernendum, ut eodem jure esset, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit. §. 27. Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri".

Die Erklärung, welche neuerlich Hesse a. a. O. S. 121 fgg. aufgestellt hat, und welche darauf hinausgeht, daß §. 26. von fiskalischen, §. 27. aber von munizipalen Vektigal-Grundstücken zu verstehen seien, ist gewiß haltlos, und eben so auch die Unterscheidung von Bachofen a. a. O. S. 373. Not. 4. und S. 381 fg., welcher zwischen Gebäuden und andren Grundstücken unterscheiden will.

VIII. Die eben besprochenen Besitzeinweisungen können natürlich durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erzwungen werden, vgl. l. 4. pr. §. 1. ne vis fiat ei, qui in poss. missus est (43, 4), aber in alternativer Konkurrenz mit jenen andren Klagen hat das prätorische Edikt gegen denjenigen, welcher sich der Besitzeinweisung widersetzt, eine besondre actio in factum auf soviel gegeben, als er leisten müßte, wenn er die Kaution gestellt hätte, also auf vollen Ersatz des Schadens nach den oben bei VI. dargestellten Grundsätzen, l. 7. pr. h. t., vgl. l. 4. §. 2, l. 15. §. 36, l. 16, l. 17, l. 18. §. 13—15. h. t., l. 4. §. 2. 3. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est (43, 4), lex Rubria cap. 20. Die Klage ist perpetua, und geht auf und gegen die Erben über, l. 17. §. 3. h. t.; aber sie kann natürlich nicht eher angestellt werden, als bis der Schaden wirklich eingetreten ist, und bis dahin kann der Verklagte durch Kautionsleistung oder Abtretung der Sache sich von der Klage losmachen, l. 16. h. t.

IX. Wir haben gesehen, welche Maaßregeln bei einem drohenden Schaden ergriffen werden können. Sind dieselben aber verabsäumt, oder doch nicht vollständig durchgeführt, so gilt die Regel, daß eine Klage auf Schadensersatz unzuläßig ist, und selbst nicht einmal die Wegschaffung der herübergefallenen Trümmer von dem Nachbar begehrt werden kann, l. 6. h. t.:

> *Gai.* „Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint, adeo, ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat",

l. 44. pr. h. t. Ob aber derjenige, auf dessen Grundstück diese Trümmer gefallen, ein Retentionsrecht daran üben könne, war bei den Römern nicht unbestritten. Trebatius, Alfenus und Labeo leugneten dies, indem sie annahmen, daß dem Eigenthümer der herübergefallenen Baustücke die Wegnahme derselben nicht verweigert werden könne, wenn er nur wegen des etwaigen, durch die Wegnahme verursachten Schadens Kaution leiste — also eine cautio damni *infecti* —, während der durch den Einsturz verursachte Schaden nicht ersetzt zu werden brauche, l. 9. §. 1. 2. h. t. (Daß

in §. 2. cit. nicht mit der Flor. gelesen werden darf „de damno *jam facto*", sondern mit vielen Vulgat-Manuskripten und Haloander „de damno *infecto*", kann m. E. nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle nicht bezweifelt werden). Dagegen aber vertheidigten besonders Julian und Neratius die andere Meinung, daß allerdings dem Herrn des beschädigten Grundstücks ein Retentionsrecht zustehe, bis ihm der durch den Einsturz verursachte Schaden vollständig ersetzt, oder ihm doch eine genügende Kaution deßhalb gestellt worden sei — also eine cautio de damno *praeterito* —, l. 7. §. 2, l. 9. §. 3. h. t., l. 5. §. 4. ad exhib. (10, 4), l. 8. de inc. ruina naufr. (47, 9); und diese, auch von Ulpian gebilligte Meinung muß als die überhaupt herrschend gewordene, und auch im Justinianischen Rechte rezipirte angesehen werden, vgl. auch Heise und Cropp, jur. Abhh. I. 20, Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilr. S. 74 fgg. Der Regel nach hat also derjenige, welcher durch den Einsturz eines Nachbarhauses beschädigt ist, wenn er sich nicht durch die in den obigen Ausführungen angegebenen Maaßregeln gesichert hat, durchaus kein andres Rechtsmittel, als die Retention der auf sein Gebiet herübergefallenen Baustücke, „et sua culpa damnum passus est, qui tardius experiri coeperit", l. 44. pr. h. t. Diese Regel leidet aber doch allerdings Ausnahmen, und zwar in folgender Abstufung:

1) Wenn der Einsturz erfolgt ist, ehe noch einmal ein gerichtlicher Antrag auf Kaution gestellt war, aber es war dieses nicht aus Nachläßigkeit versäumt worden, sondern die Unterlassung wird durch gerechte Gründe entschuldigt: so soll dem Beschädigten nicht blos jenes Retentionsrecht zustehen, sondern er soll auch eine Klage gegen den Eigenthümer des eingefallenen Hauses darauf haben, daß derselbe entweder alle herübergefallenen Trümmer wegräume und de damno *praeterito* Kaution leiste, oder sein ganzes Haus — also nicht blos die herübergefallenen Baustücke, sondern auch den Bauplatz, und was noch auf diesem steht — derelinquire, l. 7. §. 2. fin., l. 8, l. 9. pr. h. t., denn „quod re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur", l. 9. cit.

2) Wenn zwar der gerichtliche Antrag auf Kautionsstellung bereits gestellt war, aber ehe noch weitere Schritte geschehen sind, erfolgt der Einsturz, so tritt zwar keine Besitzeinweisung ein, aber der Richter soll hier dem Eigenthümer des eingestürzten Hauses eine cautio de damno praeterito auflegen, oder auch nach seinem Ermessen sogleich gegen denselben eine actio in factum auf Schadensersatz (s. Nr. VIII.) zulassen, l. 15. §. 28. h. t.:

Ulp. „Eleganter quaeritur, si, dum Praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, n sarciri possit? Et

missio quidem cessabit, Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat".

Uebrigens kann es nicht das mindeste Bedenken leiden, daß auch in diesem Falle der Verklagte sich durch Preisgebung des Hauses von aller Ersatzverbindlichkeit losmachen kann. — Dasselbe, was hier für den Fall angenommen wird, wenn der Prätor deliberirt, gilt auch natürlich von dem andren Falle, wenn die weiteren erforderlichen Schritte vor Gericht unterbleiben, „quia potestas Praetoris adeundi non erat", l. 4. §. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est (43, 4).

3) Wenn der Einsturz erfolgt ist, nachdem der Kläger bereits in den Besitz eingewiesen war, aber ehe er den Besitz wirklich ergriffen hatte, so gilt die Regel, daß jetzt alles so gehalten wird, wie wenn der Schaden erst nach der wirklichen Besitzergreifung erfolgt wäre, l. 44. pr. h. t., d. h. der Kläger kommt jetzt, ungeachtet des inzwischen erfolgten Einsturzes „in possessionem ruinae vel areae", und, wenn sich der Eigenthümer dem widersetzt, so stellt er sogleich die actio in factum auf vollen Schadensersatz an, l. 15. §. 34. vgl. mit §. 32 und 35. h. t. Doch gilt dies allerdings nur, wenn dem Kläger bei der verzögerten Besitzergreifung keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann, denn wäre dies der Fall, so müßte ein Verzicht auf das beneficium Praetoris angenommen, und folglich der Beschädigte auf das bloße Retentionsrecht beschränkt werden, l. 15. §. 32. fin. §. 34. fin. h. t.

4) Noch kann es endlich auch vorkommen, daß, nachdem der Kläger einen gehörigen Antrag auf Kautionsleistung gestellt hatte, die weiteren nöthigen Maaßregeln durch Nachlässigkeit des Munizipal-Magistrats unterblieben waren, und inzwischen der Einsturz erfolgt ist. In diesem Falle wird dem Beschädigten, wenn er selbst nicht etwa auch in culpa ist (l. 4. §. 9. h. t.), eine Klage gegen den Magistrat auf vollen Schadensersatz eingeräumt, welche, „quum rei habeat persecutionem", dreißig Jahre dauert, und auf und gegen die Erben übergeht, l. 4. §. 7—10. h. t.

X. Es gibt einige Ausnahmen von dem bisher dargestellten Rechte, indem in einigen Fällen der Anspruch auf Kaution wegfallen soll, obwohl im Uebrigen alle Voraussetzungen derselben vorhanden wären.

1) Nach der Lehre der Sabinianer darf keine Kaution gefordert werden, wenn dem Bedrohten irgend ein andres genügendes Rechtsmittel zur Seite steht, l. 32. h. t.:

Gaius. „Et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit",

und der Grund dieser Lehre war offenbar, weil ja der wesentliche Zweck der Kaution nur war, eine Klage zu begründen, und es also, wenn eine solche schon da war, es eine ganz überflüssige und eben darum verwerfliche Beläsiigung des Gegners wäre, doch noch die damni infecti stipulatio zu begehren, vgl. auch Schneider, die subsid. Klagen S. 89 fgg. Diese Meinung scheint denn auch später die allgemein herrschende geworden zu sein, und entschieden ist dieselbe im Justinianischen Rechte rezipirt, wie nicht nur aus der Aufnahme der l. 32. cit., sondern insbesondre auch noch daraus hervorgeht, daß da zahlreiche Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität vorkommen. So soll z. B. der Miether keine damni infecti cautio von dem Vermiether begehren dürfen, „quia potest ex conducto experiri", l. 13. §. 6, l. 33, l. 34. h. t. So kann ferner weder der Proprietar vom Usufruktuar, noch der Usufruktuar vom Proprietar die Kaution fordern; der Usufruktuar nicht, weil er es in seiner Hand hat, durch eigene Reparatur den Schaden zu verhüten, l. 20. h. t. „quia refectio aedium ad ejus ipsius onus [non] pertinet" (daß dieses *non* der Flor. gestrichen werden muß, scheint mir unzweifelhaft; über verschiedene andre Meinungen vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VI. p. 167 sqq.); der Proprietar nicht, weil er schon durch die Klage aus der cautio usufructuaria geschützt ist, l. 18. §. 2, l. 20. h. t. (Offenbar treffen jedoch diese Gründe nur den Fall, wenn es sich um ein vitium *aedium* handelt, und allerdings muß also wegen eines vitium *soli* der Proprietar dem Usufruktuar, und wegen eines vitium *operis* der Usufruktuar dem Proprietar die damni inf. cautio leisten, l. 20. h. t.). So kann ferner auch weder der Proprietar vom Superfiziar, noch auch der Letztre vom Erstren die Kaution fordern, „quia invicem ex conducto et locato habent actiones", l. 18. §. 4. h. t. So können endlich wegen der subsidiären Natur der damni infecti cautio mehrere Miteigenthümer unter einander dieselbe nicht begehren, l. 32. h. t., und auch der Käufer der gefährdeten Sache kann sie nur für die Zeit nach der Tradition fordern, weil er für die vorhergehende Zeit durch die actio emti gesichert ist, „*et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur*", l. 18. §. 9. h. t. Bei so zahlreichen und unzweideutigen Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität ist es mir nicht wohl begreiflich, wie Schneider a. a. O. S. 94. behaupten kann, daß die Frage, ob in Justinian's Rechtsbüchern der allgemein subsidiäre Charakter der damni inf. stipulatio festgehalten sei, ohne allen

Zweifel verneint werden müsse. In der That läßt sich aber aus den für diese gewagte Behauptung angeführten Gesetzen höchstens eine einzelne Ausnahme von dem Grundsatze der Subsidiarität, aber nimmermehr eine völlige Nichtanerkennung dieses Grundsatzes ableiten. Die Ausnahme, die ich für begründet halte, ist folgende. Wenn Jemand auf seinem Grund und Boden, oder auf einem öffentlichen Platze schuldhafter Weise eine Anlage macht, wodurch er einen Nachbar gefährdet, so kann dieser die damni infecti cautio fordern, obwohl er auch, wenn er sie nicht forderte, und der Schaden nachher wirklich einträte, eine *actio in factum* auf Schadensersatz anstellen könnte, vgl. l. 18. de serv. praed. urb. (8, 2): *Pompon.* „Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, *in factum actio mihi competit, sed et damni infecti stipulari a te potero*“,

vgl. l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2), l. un. §. 5. de ripa mun. (43, 15). Dürfte man, wie Hesse a. a. O. S. 49 und S. 57. nicht ohne Scharfsinn annimmt, unter dieser Klage diejenige actio in factum verstehen, die der Prätor auch sonst an Statt oder in Folge der damni inf. stipulatio öfter gestattet (s. Nr. VIII. und IX.), so würde begreiflich gar nicht einmal von einer Ausnahme der Subsidiarität die Rede sein können; aber diese Klage ist vielmehr gewiß die bekannte, aus analoger Ausdehnung der *lex Aquilia* hervorgegangene actio in factum, wie namentlich aus dem Zusammenhang der l. 27. §. 10. cit. und besonders aus l. un. §. 5. cit. („*sed lege Aquilia* experiendum est“) hervorgeht, und darnach ist denn allerdings in den obigen Stellen eine wirkliche, aber aus dem Aequitäts-Charakter dieser actio in factum leicht erklärliche, Ausnahme von dem Grundsatze der Subsidiarität begründet. Die übrigen, für die Nichtsubsidiarität der damni infecti cautio angeführten Gesetze sind aber ganz unbeweisend, denn sie enthalten nur den, von Niemanden bezweifelten Satz, daß allerdings die damni infecti stipulatio auch noch mit andren Rechtsmitteln, z. B. operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam, actio negatoria, konkurriren könne, wenn und soweit dieselben nämlich einen von der damni infecti stipulatio verschiedenen Zweck verfolgen („quia non est cautum neque de vitio aedium, neque de damno operis“, l. 13. §. 10. h. t.), l. 17. §. 2. si serv. vind. (8, 5), l. 3. §. 6. quod vi aut clam (43, 24), vgl. auch l. 13. §. 10. h. t., l. 14. §. 3. de aqu. et aqu. pluv. arc. (39, 3), Hesse a. a. O. S. 51 fgg. Abgesehen von der einzelnen vorher angegebenen Ausnahme muß demnach gewiß auch für das Justinianische Recht der Grundsatz gelten, daß der Anspruch auf damni infecti stipulatio dann wegfällt, wenn dem Gefährdeten irgend andre Rechtsmittel zu Gebote stehen.

2) Der Anspruch auf Kaution fällt auch dann hinweg, wenn derjenige, welcher sie fordern wollte, früher die Stellung der Kaution in Betreff derselben Sache verweigert, und deßhalb das Eigenthum derselben an den Andren verloren hatte, l. 13. §. 11. h. t.:

Ulp. „Et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit; quae sententia vera est".

3) Endlich soll auch derjenige die Kaution nicht fordern dürfen, welcher selbst das gefährdete Gebäude in dem Bewußtsein der drohenden Gefahr errichtet hat, oder welcher die gefährdende Anlage zugelassen hat, während er sie hätte verbieten können, also mit einem Worte, welcher sich durch eigene Schuld in die gefährliche Lage gebracht hat. So ist doch wohl der Rechtssatz zu fassen, welcher aus der Entscheidung in l. 13. §. 7. h. t. abgeleitet werden muß:

Ulp. „Si quis juxta monumentum aedificaverit, vel juxta aedificium suum monumentum fieri passus sit, de damno infecto ei postea cavendum non erit, quia rem illicitam admisit".

vgl. Cic. de leg. II. 24, l. 3. de mortuo. infer. (11, 8).

XI. Wir haben vorher gesehen, daß wegen der subsidiären Natur der damni infecti cautio mehrere Miteigenthümer unter einander dieselbe nicht begehren können, l. 32. h. t. Von dieser Regel nimmt man aber sehr gewöhnlich eine Ausnahme für den Fall an, wenn zwischen zwei angrenzenden Gebäuden eine gemeinsame Mauer (paries communis) vorkomme. Ich halte diese Ausnahme für ungegründet. Das zwar wissen wir, daß in solchem Falle eine damni inf. stipulatio vorzukommen pflegte, l. 39. pr. h. t.

Pompon. „Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti *solet*",

daß also die Nachbarn aus freiem Willen sich eine solche oft bestellten: und auch das ist bekannt, daß, wenn eine solche stipulatio vorgekommen war, daraus eine wirksame Klage entstand, l. 43. §. 1. h. t.:

Alfen. Var. „Respondit, non oportuisse eos, quum communem parietem aedificarent, inter se repromittere; neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse — — ; sed, quoniam jam in totum repromisissent, omne, quod detrimenti vicinus fecisset, praestiturum";

und hieraus erklärt es sich hinlänglich, daß in unsren Gesetzen allerdings vielfach von der damni inf. cautio bei gemeinsamer Mauer die Rede ist, vgl. z. B. l. 28, 37, 39, 43. §. 1. h. t., l. 13. §. 1. de serv. praed. urb. (8, 2). Daß aber auch der Nachbar den

Nachbarn zur Stellung der Kaution habe nöthigen können, das kann aus diesen Stellen nicht gefolgert werden, wenn man sich nicht in einen unauflöslichen Widerspruch mit l. 32. h. t. setzen will. Doch macht allerdings eine Stelle einige Schwierigkeit, nämlich die l. 39. pr. h. t., wo Pomponius in unmitelbarem Anschluß an die vorher ausgezogenen Worte so fortfährt:

> „Sed tunc ea cautio *necessaria est*, quum aut alter solus aedificat, et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet, et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin, si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur“.

Ueber die mannigfachen Auslegungen vgl. z. B. die Nachweisungen bei *Schult. et Smallenb.* ad h. l. und ad l. 40. §. 1. h. t. tom. VI. p. 172. 173. Ich für meinen Theil kann aber auch hier in den Worten: tunc cautio necessaria est, keine Hinweisung auf eine Zwangsverbindlichkeit der Nachbarn zur Stellung der Kaution finden, sondern m. E. ist der Sinn dieser Worte vielmehr der, daß hier die Fälle angeführt werden sollen, in denen die Stellung der Kaution einen eigentlichen Nutzen, einen reellen Werth habe, in denen sie also einem Bedürfniß der Nachbarn entgegen komme. Zwar kann der Nachbar auch in diesen, hier angeführten Fällen, sich in andrer Weise helfen, durch das judicium communi dividundo, oder durch prohibitio, oder durch selbsteigene Vornahme nöthiger Reparaturen, und eben deßhalb, weil ihm noch diese andren Mittel zu Gebote stehen, hat er kein Recht, die damni infecti cautio zu erzwingen; aber dessen ungeachtet bleibt es ihm, da die andren Mittel nicht selten Uebelstände mit sich führen, wünschenswerth, und erscheint demnach als eine Art von Bedürfniß, wenn ihm in der einfachsten Weise durch Stellung der Kaution geholfen wird. — Wie sehr für diese Auslegung die Schlußworte: alioquin, si aequale etc. sprechen, bedarf keiner Ausführung, da hier in augenscheinlichem Gegensatze zu dem vorher Gesagten auf das Zwecklose und Ueberflüssige der Kaution in den andren Fällen hingedeutet wird. Ich finde diese Interpretation auch bei Hesse in der ersten latein. Ausg. seiner Schrift p. 31 sqq., während derselbe sie in der zweiten, deutschen Ausgabe S. 42 fgg. wieder verlassen und mit einer andren, gewiß unhaltbaren vertauscht hat, und besonders bei Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtl. gemeinschaftl. Mauern. Brem. 1843. S. 54 fgg; s. jetzt auch Groh a. a. O. S. 25 fgg.

II. Forderungsrechte auf Schadensersatz und Strafe.

1) Entwendung.

A) Furtum. §. 679.

Inst. IV. 1. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur; Dig. XLVII. 2. de furtis, Cod. VI. 2. de furtis et servo corrupto. Unterholzner II. S. 675 fgg., Koch III. S. 955 fgg. — Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Bd. I. Nordh. 1806. (der erste, allein erschienene, Band dieses gründlichen Buchs enthält nur Untersuchungen über Natur und Wesen des Diebstahls, namentlich über Begriff und Eintheilungen desselben; ein sehr vollständiges Verzeichniß der einzelnen Stellen des corp. jur., welche vom Diebstahl handeln, s. S. 53 fgg.), *van Imhoff*, de furtis ad XII tab. et institutiones tum Gaii tum Justin. Gröning. 1824, Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechts. Kempten 1834, Wächter in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 354 fgg. —

Ueber die *condictio furtiva:* Dig. XIII. 1, Cod. IV. 8. de condictione furtiva; Unterholzner II. S. 58 fgg., Koch a. a. O. — Glück XIII. S. 211 fgg. und die dort S. 218. Not. 95. Angeff., *Krug*, selecta de cond. furtiva capita. Lips. 1830.

1) *Paul.* l. 1. §. 3. h. t.: Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere. Vgl. Roßhirt, über den Begriff des röm. furtum und des deutschen Diebstahls; im neuen Archiv des Crim. Rechts III. S. 73 fgg., Unterholzner, ausführl. Verjährungslehre Bd. I. S. 202 fgg., *Luden*, de furti notione sec. jus. Rom. Jen. 1831, Holtius Abhandll. Nr. 4.

2) *Ulp.* l. 7. §. 1. de cond. furt. (13, 1): *Furti actio* poenam petit legitimam, *condictio* rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem. — 3) §. ult. J. h. t.: Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet;

nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre; sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

4) §. 14. J. de actionib. (4, 6): Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse actorem rem suam ita ab aliquo petere: *si paret, eum dare oportere*, nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur, *si paret, eos dare oportere*, quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit. Glück XIII. S. 211 fgg., Savigny, Syst. V. S. 553 fgg.

5) *Ulp.* l. 1. de cond. furt. (13, 1): In furtiva re soli domino condictio competit. Vgl. l. 14. §. 16. de furt. — 6) *Idem* l. 12. §. 2. de cond. furt.: Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, ei, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea surrepta est. L. 22. pr. de pignor. act. (13, 7). Vgl. Glück XIII. S. 222 fgg., v. Buchholtz, jur. Abhh. S. 340 fgg.

Anm. 1. — Gestützt auf die Definition des Paulus (T. 1), die im Wesentlichen auch in die Justinianischen Institutionen übergegangen ist, §. 1. J. h. t., nimmt man sehr allgemein an, die Römer hätten drei Arten des furtum unterschieden, ein furtum *rei ipsius*, ein furt. *usus* und ein furt. *possessionis*, und man streitet dann über die Fälle, welche zu der einen oder andren dieser drei Arten gerechnet werden müßten. Ich halte jene Annahme für irrig, und diesen Streit für ganz leer und unnütz. Von jener angeblichen Eintheilung kommt nämlich außer in jener Legaldefinition nirgends eine weitere Spur vor — denn der in l. 1. §. 15. si is, qui test. (47, 4) gebrauchte Ausdruck: Scaevola ait, *possessionis furtum* fieri, hat augenscheinlich auch nicht die mindeste Beziehung auf jene Eintheilung —, und am allerwenigsten wird an jene angebliche Eintheilung eine Verschiedenheit der Rechtsnormen angeknüpft, worin doch begreiflich allein

der reelle Werth einer solchen Eintheilung liegen würde; sondern es werden sowohl bei *Gaius* III. §. 195 sqq. (vgl. auch §. 6 sqq. J. h. t.), als auch insbesondre in dem Pandektentitel de furtis die sämmtlichen einzelnen Fälle des furtum, welche von unsren Juristen unter jene drei Arten vertheilt werden, ohne irgend weitere Unterscheidung neben einander gestellt, und unbedenklich dieselben rechtlichen Grundsätze darauf in Anwendung gebracht. Offenbar haben also jene kritischen Worte in der Definition des Paulus nicht die Bedeutung, auf drei bestimmt abgegrenzte und durch technische Namen unterschiedene Arten des Furtum hinzuweisen, sondern sie sind nur als ein Versuch aufzufassen, mit kurzen Worten die hauptsächlichen verschiedenen Richtungen dieses Delikts anzudeuten, und dadurch vor einer zu engen Auffassung dieses weitschichtigen Begriffs zu warnen. Von dieser Seite betrachtet hat denn auch jener Zusatz in der Paulinischen Definition unbestreitbaren Werth, und wir werden, wenn wir uns den Begriff und den Umfang des römischen Furtum, also den objektiven Thatbestand desselben, verdeutlichen wollen, sehr wohl thun, jene Andeutung von Paulus dabei zu Grunde zu legen, wobei wir aber immer festhalten müssen, daß Paulus schlechthin keine streng abgegrenzten technischen Ausdrücke gebraucht hat, und ein zu strenges Argumentiren aus den Worten hier also gewiß nicht am Platze ist. Der Gedankengang des Juristen in jener vielbesprochenen Stelle ist nun m. E. im Wesentlichen folgender. „Der Charakter des Furtum besteht im Allgemeinen darin, daß Jemand sich böslicher und habsüchtiger Weise an einer beweglichen Sache vergreift. Gewöhnlich geschieht dies an fremden Sachen, sei es nun, daß man sich daran vergreift, um sich das Eigenthum daran anzumaßen („ipsius rei“), oder sei es, daß man dies nur in der Absicht thut, die fremde Sache unbefugter Weise zu gebrauchen („usus“). Möglich ist es aber auch, daß sich Jemand an seiner eigenen Sache diebischer Weise vergreift, wozu jedoch in der Regel gehört, daß sich diese Sache in dem gerechtfertigten Besitze eines Andren befindet, und der Zweck des Vergreifens also meistens der sein wird, dem andren die Besitz-Vortheile zu entziehen („possessionis“). In allen diesen Fällen ist aber ein und dasselbe wahre Furtum, mit denselben rechtlichen Wirkungen vorhanden, und die ganze Unterscheidung hat also nicht sowohl den Zweck, eine Eintheilung zu begründen, als vielmehr nur eine genauere Begriffs-Entwicklung zu geben“. — Wollen wir nun in Gemäßheit dieser Paulinischen Begriffs-Entwicklung die einzelnen hauptsächlichen, in unsren Quellen bemerkten Fälle des Furtum zusammenstellen, so werden wir uns zunächst

I. zu dem hauptsächlichsten Falle wenden müssen, wenn sich Jemand diebischer Weise an einer fremden Sache vergreift, ein

Fall, welcher so sehr als der regelmäßige angesehen wird, daß die Römer bei ihren Begriffs-Bestimmungen meistens nur ihn im Auge haben, vgl. z. B. *Gai* III. 195. (§. 6. J. h. t.):

„Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa *rem alienam* amovet, sed generaliter, cum quis *rem alienam invito domino contrectat*",

Paul. rec. sent. II. 31. §. 1:

„Fur est, qui dolo malo *rem alienam* contrectat",

Sabinus libr. III. jur. civil. (bei *Gell* noct. Att. XI. c. ult.):

„Qui *alienam rem* attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur".

Bei diesem furtum rei alienae sind aber wieder zwei Hauptfälle zu unterscheiden.

1) Gewöhnlich ist hier die Absicht des Diebs, jeden Andren ganz um die Sache zu bringen, und sich selbst alle Rechte an derselben anzumaßen. Hierher gehört:

a) der eigentliche Diebstal im engren Sinne d. W., wenn Jemand animo lucri faciendi die fremde Sache aus fremder Inhabung entwendet. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß dieses der eigentliche ursprüngliche und Haupt-Fall des furtum ist, an welchen sich alle übrigen als blose Erweiterungen anschließen.

b) Die Unterschlagung, also das sich Vergreifen an einer fremden Sache, die man schon in seiner Inhabung hat, wie z. B. wenn Depositare, Mandatare, Kommodatare, Usufruktuare u. dgl., sich arglistiger Weise Eigenthums-Besitz anmaßen, l. 1. §. 2, l. 33, l. 43. §. 1, l. 46. §. 6, l. 52. §. 7. 16, l. 67. pr., l. 71. pr., l. 73. h. t., l. 29. pr. depos. (16, 3), l. 22. §. 7. mand. (17, 1), l. 1. §. 22, l. 2. §. 1. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 25. de donat. (39, 5), l. 3. §. 18. de acqu. v. am. poss. (41, 2), l. 3. C. h. t., l. 7. C. h. t. — Theophilus ad §. 1. J. de obl. quae ex del., und gleichlautend der Scholiast ad Basil. LX. 12. 1. (bei Fabr. VII. p. 315. schol. f., bei Heimb. V. p. 451. sch. 6) führen solche Unterschlagungs-Fälle als Beispiele auf, um das *possessionis* in der Legaldefinition zu erläutern:

„*Περὶ νομὴν δὲ, ὅτε τὸ δοθὲν ἐπὶ τῷ νέμεσθαι ὡς ἐνέχυρον ἢ ὡς δεπόσιτον, νέμομαι ὡς δεσπότης*" (*in possessione*, si quod datum est possidendum tamquam pignus vel tamquam depositum, possideo ut dominus),

und dies ist denn die Veranlassung gewesen, daß manche neuere Juristen in der Unterschlagung das s. g. furtum possessionis finden wollen, vgl. bes. Marezoll im ziv. Arch. VIII. S. 284 fgg. und v. Buchholtz, jur. Abhh. S. 323 fgg. (welcher Letztre S. 334 fgg. sich auffallend genug so ausdrückt: „Derjenige begeht ein possessionis

furtum, welcher — — — seine Detention oder seinen Interdikts-Besitz in Usukapionsbesitz corpore et animo verwandeln will", und dazu wird noch in der Note bemerkt „Verwandlung der Detention in blosen Interdiktbesitz genügt noch nicht zum Begriffe des possessionis furtum, weil ja Theophilus verlangt, daß der possessionis fur als dominus besitze". Welche Begriffe mag hier v. Buchholtz mit den Worten Interdikts- und Usukapions-Besitz verbunden haben?) Da aber bei der Unterschlagung der Zweck und der Erfolg der diebischen Handlung ganz und gar derselbe ist, wie bei dem eigentlichen Diebstale, nämlich Anmaßung der Sache selbst in ihrer Totalität und faktische Aufhebung des gesammten Eigenthumsrechts, so kann ich in jenen Beispielen des Theophilus nichts als einen Mißgriff erkennen, welchen neuere Juristen nicht hätten adoptiren sollen.

c) Der s. g. Funddiebstal, wenn Jemand verlorne oder in der Noth weggeworfene Sachen arglistiger Weise sich aneignet, l. 43. §. 4—11. h. t., l. 9. §. 8, l. 31. §. 1, l. 44. de acqu. rer. dom. (41, 1), §. ult. J. de rer. divis. (2, 1).

d) Hierher gehört auch, wenn Jemand wissentlich ein Indebitum annimmt, denn daß hier immer ein Furtum vorhanden sei, ist schon früher nachgewiesen worden, vgl. oben §. 625. Anm. 1. bei III. S. 412 fgg.

e) Eben so ist es ferner ein Furtum, wenn Jemand mala fide eine fremde Sache veräußert, §. 3. J. de usuc. (2, 6), l. 16. C. h. t.

f) Endlich wird hierher selbst auch gerechnet, wenn Jemand betrüglich eine Schuldurkunde durchstreicht, um seinen Gläubiger um die Forderung zu bringen, l. 27. §. ult., l. 28. — l. 32, l. 52. §. 23. h. t., l. 41. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2). —

Vgl überhaupt Klien a. a. O. S. 123 fgg. (welcher auch S. 133 fgg. über das Verhältniß des furtum zu dem stellionatus zu vergleichen ist), Wächter a. a. O. S. 358 fgg.

2) Es kann aber auch das furtum rei alienae in der Art vorkommen, daß sich Jemand an der fremden Sache nur in der Absicht vergreift, um sich einen widerrechtlichen Gebrauch derselben anzumaßen, was namentlich auch dann der Fall ist, wenn Jemand ein ihm zustehendes Gebrauchsrecht über die erlaubten Grenzen ausdehnt. Q. Scaevola libr. XVI. de jure civili sagt hierüber in einer uns bei *Gell.* noct. Att. VII. 15. enthaltenen Stelle:

> „Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit, ad aliam rem atque acceperit, usus est, furti se obligavit".

Als die vorzüglichsten Beispiele dieses furtum (s. g. furtum usus) werden in unsren Quellen erwähnt, wenn ein Depositar oder Faust-

pfandgläubiger die deponirten oder verpfändeten Sachen überhaupt gebraucht, oder wenn ein Kommodatar die kommodirte Sache weiter verleiht oder anders gebraucht, als im Vertrag bestimmt war, §. 6. J. h. t., l. 40, l. 48. §. 4, l. 54. pr. §. 1, l. 76. pr., l. 82 pr. h. t., l. 5. §. 8. commod. (13, 6), l. 16. de condict. furt. (13, 1).

II. Möglicher Weise kann auch der Eigenthümer an seiner eigenen Sache ein Furtum begehen; und als Beispiele eines solchen furtum rei propriae kommen vor, wenn ein Pfandschuldner die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger wegnimmt, *Gai.* III. 200. 201. §. 10. 14. J. h. t., l. 16. de pignor. act. (13, 7), l. 19. §. 5, l. 20. pr. h. t, oder sie auch nur ohne Einwilligung des Pfandgläubigers veräußert, vgl. oben §. 384. Anm. 1. Bd. I. S. 991, oder wenn sich der Proprietar dem Usufruktuar gegenüber an seiner Sache vergreift, l. 15. §. 1, l. 20. §. 1. h. t. Hat der Andre blos in Folge eines obligatorischen Anspruchs die Detention der Sache, so macht sich der Eigenthümer nur dann eines Furtum schuldig, wenn der Inhaber ein Retentionsrecht ausüben konnte, l. 15. §. 2, l. 59. h. t., und dieselbe Rücksicht entscheidet auch über die Frage, inwiefern der Eigenthümer gegen den bonae fidei possessor ein Furtum begehe? l. 20. §. 1, l. 53. §. 4. h. t., Gai. III. 200. Alle diese Fälle des furtum rei propriae haben übrigens der Natur der Sache nach das Eigenthümliche, daß dadurch die Sache nicht zu einer res furtiva wird, und also kein Usukapions-Hinderniß entsteht, s. oben Bd. I. S. 667. — Mir ist es nun nicht im Mindesten zweifelhaft, daß es gerade diese Fälle sind, auf welche Paulus in seiner Definition mit dem Worte *possessionisve* hindeuten will. Daß diese Ausdrucksweise wenigstens für die hauptsächlichsten derselben sehr zutreffend ist, leuchtet von selbst ein, denn, da dem Diebe die Sache selbst schon rechtlich zugehört, so sind es gerade nur die Besitzes-Vortheile, die den eigentlichen Gegenstand des Furtum ausmachen. Wenn man aber daraus, daß in den Quellen für Fälle dieser Art von einem suae *rei* furtum gesprochen wird, Gai. III. 200. §. 10. J. h. t., hat folgern wollen, daß sie doch kein *possessionis* furtum sein könnten, vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 328, so kann diese Argumentation allenfalls benutzt werden, um die Annahme eines festen Kunstausdrucks: furtum possessionis zu widerlegen, aber unsre Ansicht, daß Paulus mit dem Worte possessionis nur im Allgemeinen diese Richtung des Diebstals habe andeuten wollen, wird dadurch offenbar nicht getroffen.

Anm. 2. Schon unter den älteren Juristen wurde darüber gestritten, ob die condictio ex causa furtiva, oder, wie sie auch, obwohl seltner in den Quellen genannt wird, die condictio furtiva, eine Deliktsklage sei, oder nicht? vgl. die Nachweisungen bei Glück XIII. S. 231, und auch unter den neueren Juristen herrscht ganz und gar keine

Uebereinstimmung, vgl. z. B. Francke, Beiträge S. 31 fgg. (welcher sie entschieden für eine Deliktsklage erklärt), *Krug* l. c. cap. I, (welcher sie zwar ebenfalls in ihrer späteren Gestaltung für eine Deliktsklage hält, aber ihre mannigfachen Eigenheiten daraus ableiten will, daß sie ursprünglich eine Klage aus einem Abfindungs-Vertrage gewesen sei, und nur erst allmählich, und niemals ganz, ihren Charakter als Vertragsklage abgestreift habe), v. Savigny, Syst. V. S. 551 fgg. (welcher unsrer Klage die Eigenschaft einer Deliktsklage ganz abspricht). Ich nehme, namentlich nach den trefflichen Ausführungen Savigny's, vgl. auch Kierulff, Theorie des gem. Zivilr. I. S. 222. Anm., keinen Anstand, mich ebenfalls für diese letztre Ansicht zu erklären.

Allerdings zwar kann es keinen Zweifel leiden, daß die nothwendige Veranlassung zu der condictio ex causa furtiva ein Delikt ist, vgl. auch l. 21. §. 5. 6. de act. rer. amotar. (25, 2), l. 36. de O. et A. (44, 7), und auch das ist unleugbar, daß dieser Umstand nicht ohne wesentlichen Einfluß auf die Theorie derselben geblieben ist, denn daraus („odio furum") erklärt sich die in T. 4. ausgesprochene Anomalie, und eben so auch die in l. 1. C. h. t. (4, 8) bemerkte Eigenheit, daß, wenn Mehrere zusammen einen Diebstal verüben, dieselben solidarisch haften sollen, und eben darin finden auch offenbar die eigenthümlich strengen Grundsätze über den Umfang der Kondemnation ihren Grund, vgl. darüber auch *Krug* l. c. cap. II. p. 21 sqq. Dennoch aber ist die condictio ex causa furtiva keine Klage aus einem Delikt, sondern ihr Fundament ist das allgemeine der condictiones sine causa, die Thatsache der grundlosen Bereicherung eines Andren aus unsrem Vermögen, nicht anders, wie bei der condictio indebiti, der condictio causa data causa non secuta u. A. m. Wenn auch für diese Ansicht nicht gerade besondres Gewicht auf die Ausdrucksweise in l. 10. §. 2. de compens. (16, 2) gelegt werden soll, obwohl hier nicht undeutlich die condictio ex causa furtiva den Klagen ex maleficio entgegengesetzt wird so sind doch folgende Gründe hierfür entscheidend.

1) Wenn ein homo alieni juris sich eines Furtum schuldig gemacht hat, so kann bis zum Belauf der Bereicherung gegen den Gewalthaber *de peculio* geklagt werden, l. 4, l. 19. h. t. (13, 1), l. 3. §. 12. de pecul. (15, 1), l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1), während nach einem bekannten Grundsatze des römischen Rechts nur aus Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältnissen die actio de peculio Statt findet, und bei Delikten eine Noxalklage angewendet werden muß. Besonders bezeichnend ist hier auch der Ausdruck in l. 30. pr. cit.

„— — condictio eo nomine mihi adversus te competit, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit*".

Wenn übrigens aus l. 4. h. t.:

Ulp. „Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenit; *in residuum noxae servum dominus dedere potest*"

es den Anschein gewinnt, daß die condictio furtiva auch als Noxalklage gegen den Herrn angestellt werden dürfe, weßhalb z. B. von einem Scholiasten zu den Basiliken (LX. 10. 4. bei Fabr. VII. p. 252. schol. n., bei Heimb. V. p. 427. schol. I.) unsrer Klage eine gemischte Natur zugeschrieben wird:

„Nota, quod condictio furtiva habet imaginem contractus, quatenus in peculium, et delicti, quatenus in noxam movetur. Habet et alia in re imaginem contractus, quod ea post libertatem non teneatur servus, ut cap. 15, *et quodammodo mixta est*",

vgl. auch schol. o. eod., so halte ich diese Annahme mit Savigny S. 562 fgg. für unnöthig, da die Worte: in residuum rel. unbedenklich auch von der *actio furti* verstanden werden können.

2) Wenn der Sklave, welcher gestolen hat, freigelassen wird, so kann die condictio furtiva nicht gegen ihn angestellt werden, l. 15. h. t.:

Cels. „Quod ab alio servus surripuit, ejus nomine liber furti tenetur; *condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit*",

was ganz konsequent ist, wenn die Klage auf einem kontraktsähnlichen Grunde beruht, was aber bei einer Deliktsklage ganz unbegreiflich sein würde. Gerade aus diesem Hauptgrunde wird denn auch in mehreren Scholien zu den Basiliken der condictio furtiva der Charakter einer Deliktsklage geradezu abgesprochen, vgl. außer dem schon vorher ausgezogenen schol. auch noch insbes. Basil. LX. 10. 15. schol. g. bei Fabr. VII. p. 267. (bei Heimb. schol. I, tom. V. p. 441.)

„Servus post furtum manumissus furti tenetur, non condictione furtiva, nisi rem contrectet. *Nota quod condictio furtiva non descendit ex delicto,* quaere cap. 4. et 19".

und schol. h. bei Fabr. l. c.:

„Tenetur enim furti post libertatem ex regula: Noxa caput sequitur. Ob id vero non tenetur condictione, quaere lib. 24. tit. 5. cap. ult., *quia non videtur esse ex delicto,* et servus ex contractibus habitis in servitute non tenetur post libertatem, ex delictis etiam tenetur manumissus; et ideo furti merito tenetur post libertatem, cum sit ex delicto, *non condictione furtiva, quae contractibus comparatur*".

3) Wenn ein Sklave seinen eigenen Herrn bestielt, so entsteht

daraus eine wirksame obligatio (naturalis), wodurch namentlich das Pekulium vermindert wird, l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1), während bekanntlich eine obligatio ex maleficio zwischen dem Herrn und seinem Sklaven unmöglich ist

4) Daraus, daß die condictio ex causa furtiva keine Deliktsklage ist, erklärt sich denn auch am Einfachsten der bekannte Satz, daß dieselbe auch gegen die Erben des Diebes auf das Ganze, nicht blos bis zum Belaufe der Bereicherung übergeht (s. oben Bd. I. S. 164), und eben so erscheint es unter jener Voraussetzung auch ganz konsequent, daß die condictio nicht auch gegen die Gehülfen und Rathgeber des Diebes angestellt werden kann, l. 6. h. t. (13, 1), obwohl das Delikt von diesen ganz eben so, wie von dem Diebe selbst begangen wird, und deßhalb auch die actio furti unbedenklich gegen dieselben statthaft ist. —

Nach allem Diesem stimme ich vollkommen dem Ausspruche von Bachov und Lauterbach bei: condictionem furtivam esse actionem, quae quidem ob delictum datur, sed non ex illo nascitur, ita ut delictum tantum sit causa sine qua non hujus actionis, non autem vera causa efficiens", cf. *Lauterb.* de transitione action. §. XXXV. (in Dissertt. acad. vol. III. p. 963), *Ejusd.* colleg. theor. pract. lib. XIII. tit. 1. §. V.

B) Raub. §. 680.

Inst. IV. 2. de vi bonorum raptorum; Dig. XLVII. 8. vi bonorum raptorum et de turba, Cod IX. 33. vi bonorum raptorum. — Unterholzner II. S. 724 fgg., Koch III. S. 962 fgg. Ueber das Geschichtliche vgl. v. Savigny über Cic. pro Tullio und die actio vi bon. rapt. (in d. gesch. Zeitschr. V. S. 123 fgg., und mit einigen kleinen Zusätzen in dessen vermischten Schriften Bd. III. S. 228 fgg.), *Ph. E. Huschke* in Jm. G. Huschke Analecta literar. Lips 1826. p. 76 sqq. bes. p. 183 sqq. (Excurs. I. de vi bonor. raptor. judicio), Breitenbach, das Verbrechen des Raubs nach röm. Rechte. München 1839, *Keller* Semestr. ad M. Tull. Ciceron. lib. III. Tur. 1851.

1) *Ulp.* l. 2. pr. h. t.: Praetor ait: *Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum qui id*

fecisse dicetur, judicium dabo. Item, si servus fecisse dicetur, in dominum judicium noxale dabo.

2) Pr. J. h. t.: Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur *vi bonorum raptorum* [cf. l. 2. §. 17. h. t.] et est intra annum quadrupli, post annum simpli. — — — Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. §. 19. J. de act. (4, 6), l. 1. C. h. t. cf. Gai. IV. 8: Poenam tantum consequimur velut actione furti, et injuriarium, et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum, nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit — 3) *Ulp.* l. 2. §. 13. h. t.: In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest.

2) Beschädigung.

A) Beschädigung durch Menschen.

a) Damnum injuria datum (lex Aquilia). §. 681.

Inst. IV. 3. de lege Aquilia, Dig. IX. 2. ad legem Aquiliam, Cod. III. 35. de lege Aquilia. — Glück X. S. 306 fgg. und die dort in Not. 18. Angeff., Unterholzner II. S. 690 fgg., Koch III. S. 965 fgg., *Molitor* III. p. 145 sqq., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 630 fgg. — v. Löhr, Theorie der Culpa. Abschnitt II. S. 81 fgg., Hasse, die Culpa des röm. Rechts. §. 5—15, *Vollgraff*, de lege Aquilia. Marb. 1820. — Vgl. auch Kritz Rechtsfälle Bd. III. Nr. 10. („Beitrag zur Berichtigung der Theorie von der heutigen Anwendung der l. Aquil.«).

1) *Gai.* l. 2. pr. h. t.: Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas*

esto. §. 1. Et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset — (Das: quadrupedem *vel* pecudem hat vielen Anstoß erregt. Die Meisten wollen hier: quadrupedem*ve* pecudem emendiren, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück X. S. 353. Not. 36. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 372. Doch wollen Andre die handschriftliche Lesart beibehalten, und dadurch rechtfertigen, daß sie entweder mit der Glosse vel für *id est* nehmen, oder mit *Bynkershoeck*, Obss. IV. 18. und de reb. mancipi c. 6. glauben, daß hier wirklich zwei verschiedene Arten von Thieren, nämlich *quadrupedes* (das sollen blos Zug- und Lastthiere sein!) und *pecudes* (das Heerdenvieh) aufgeführt und beide unter das erste Kapitel der lex Aquilia gestellt werden sollten. Daß diese letzteren Erklärungen unrichtig sind, bezweifelt h. z. T. wohl Niemand mehr. Ich halte aber auch jene Emendation für überflüssig. Erwägt man, daß quadrupedem hier ein bloses Adjektiv ist, so durfte ganz sprachrichtig das *vel*, welches dazu bestimmt war, die beiden Hauptfälle des ersten Kapitels — Tödtung von Sklaven und Tödtung von Thieren — von einander zu trennen, eben so gut hinter als vor das Wort quadrupedem gesetzt werden; daß das Erstre geschah, mochte den einfachen Grund haben, um nicht *ve* und *vel* unmittelbar an einander zu reihen.)

2) *Ulp.* l. 27. §. 4. h. t.: Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. cf. §. 12. J. h. t.: Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Ueber die vielfachen Konjekturen in Betreff dieses 2. Kapitels s. die Nachweisungen bei Glück X. S. 360 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 27. cit. tom. II. p. 395 sqq., Hasse, Kulpa S. 71 fgg., *Vollgraff* l. c. p. 6 sqq. Für uns ist das Räthsel gelöſ't durch *Gai.* III. 215: Capite secundo in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.

3) *Ulp.* l. 27. §. 5. h. t.: Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudes occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit*

in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

4) §. ult. J. h. t.: Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue *corpore suo* damnum dederit; ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, *utiles actiones* dari solent, veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua corporis parte laesus fuerit, utilis actio in eum datur. — — — Sed si non corpore damnum datum *neque corpus laesum fuerit*, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. (Bei Gaius III. 219, woraus im Uebrigen diese Stelle entlehnt ist, fehlt der ganze Schlußsatz von: Sed si non corpore etc. an). — 5) *Paul.* l. 33. §. 1. h. t.: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio. — 6) *Pompon.* l. 11. de praescr. verb. et in factum act. (19, 5); Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest; *quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae;* idque utilitas ejus legis exigit.

7) *Ulp.* l. 44. pr. h. t.: In lege Aquilia et levissima culpa venit. — Hasse, Kulpa S. 84 fgg.

Anm. 1. Die lex Aquilia — nach dem freilich nicht zuverlässigen Zeugniß von *Theoph.* IV. 3. 15, welches durch den Scholiasten zu den Basiliken, LX. 3. 1. bei Fabr. tom. VII. p. 66. schol. b., bei Heimb. V. p. 263. schol. 1. weit eher entkräftet als unterstützt wird, ein zur Zeit des [dritten] Auszugs der Plebejer, also im J. 467. d. St. zu Stande gekommenes Plebiszit — hob alle früheren gesetzlichen Bestimmungen über damnum injuria datum auf, l. 1.

pr. h. t., und sie mit ihrer interpretatio ist also die einzige Norm für dieses umfassende und wichtige Privatdelikt.

I. Die lex Aquilia enthielt in ihrem ersten und dritten Kapitel — das zweite hat für uns kein praktisches Interesse mehr, vgl. T. 2. — folgende Bestimmungen.

1) Nach dem ersten Kapitel soll derjenige, welcher einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin, oder ein vierfüßiges zu dem Heerdenvieh gehöriges Thier schuldvoller Weise tödtet, dem Eigenthümer soviel zu ersetzen schuldig sein, als der Sklave oder das Thier innerhalb des letzten Jahres am meisten werth war, T. 1. Zu dem vierfüßigen Heerdenvieh aber werden gerechnet Rindvieh, Schafe, Ziegen, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine und im späteren Rom auch Kamele und Elephanten, l. 2. §. 2. h. t., §. 1. J. h. t. — Ueber die eigenthümliche Berechnung des Schadens, daß hier der höchste Werth in Anschlag kommt, welchen der getödtete Sklave oder das getödtete Thier während des ganzen letzten Jahrs hatten, vgl. noch pr. §. 9. J. h. t., §. 19. J. de act. (4, 6), l. 21. pr. §. 1, l. 23. §. 2 sqq., l. 51. §. 2, l. 55. h. t.

2) Im dritten Kapitel wird verfügt, daß, wenn Jemand außer Tödtung von Sklaven oder pecudes einen andren Schaden dadurch verursacht hat, „*quod usserit, fregerit, ruperit injuria*“, derselbe dem Eigenthümer so viel ersetzen soll, „quanti ea res erit in diebus XXX proximis“ (T. 3). Hier wurde aber von jeher bei den Römern das *ruperit* für *corruperit* genommen, und man gelangte dadurch zu dem wichtigen Satze, daß nicht blos der Schaden unter die Worte des dritten Kapitels falle, welcher durch Brennen und Brechen angerichtet werde, sondern jede Beschädigung, welche durch unmittelbare körperliche Einwirkung der Substanz einer fremden Sache zugefügt werde (damnum *corpore corpori* datum), l. 27. §. 13 sqq., Gai. III. 217, §. 13. J. h. t. Und was die Strafsanktion in diesem dritten Kapitel anbelangt, so stand zwar im Gesetze nicht, wie im ersten Kapitel, quanti *plurimi*, sondern nur: quanti ea res erit, aber es wurde doch, besonders auf die Auktorität von Sabinus, die Meinung herrschend, daß auch hier das *plurimi* subintelligirt werden müsse, Gai. III. 218, §. 15. J. h. t., l. 29. §. 8. h. t., so daß die Schadens-Berechnung sich nur dadurch von der des ersten Kapitels unterscheidet, daß bei Ausmittlung des höchsten Werthes nicht 365, sondern nur 30 Tage zurückgegangen werden darf.

3) Die lex Aquilia enthielt aber nicht blos insofern Strafbestimmungen, daß darnach die vorher angedeuteten eigenthümlichen Schärfungen in Betreff der Berechnung des Schadens eintreten sollen, sondern sie ist auch noch insofern eine poenalis actio, daß darnach

der Thäter immer schon als verurtheilt gilt („damnas esto dare"), und in Folge davon der Leugnende auf das Doppelte kondemnirt werden soll, Gai. III. 216, IV. 9. 171, Paul. I. 19. 1, §. 7. J. de oblig. quae quasi ex contr. (3, 28), §. 19. 23. 26. J. de act. (4, 6), l. 2. §. 1, l. 23. §. 10. h. t., l. 4. 5. C. h. t., Nov. 18. c. 5. Vgl. auch C. Sell in sein. Jahrbb. II. S. 43 fgg., und bes. Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 374 fgg.

II. Dieses Recht der lex Aquilia wurde aber durch Doktrin und Praxis weit über den Wortverstand des Gesetzes hinaus ausgedehnt, indem in sehr vielen Fällen, in denen nach dem Buchstaben des Gesetzes eine Klage versagt werden müßte, im Geiste desselben durch utiles actiones oder durch in factum actiones legi Aquiliae accommodatae dem Beschädigten Hülfe gewährt wurde.

1) Nach den Worten der lex Aquilia, sowohl im ersten als im dritten Kapitel, steht die Klage blos dem Eigenthümer der beschädigten Sache zu („*domino* dare damnas esto") T. 2. 3, vgl. l. 11. §. 6, l. 13. pr., l. 43. h. t. Eine angewandte Klage (utilis oder in factum actio) wird aber auch dem gutgläubigen Besitzer, l. 11. §. 8., l. 17. pr. h. t. (vgl. darüber noch Jhering, Abhh. S. 116 und Mommsen, Beiträge II. S. 242 fgg.), und einem jeden dinglich Berechtigten eingeräumt, wie namentlich dem Usufruktuar, l. 11. §. 10, l. 12. h t., l. 17. §. 3. de usufr. (7, 1), dem Usuar, l. 11. §. 10. h. t., dem Pfandgläubiger, l. 17. pr., l. 30. §. 1. h. t., für welchen letztren Fall als Regel gilt, daß das Interesse, welches der Pfandgläubiger einklagt, auf die Schuld abzurechnen ist, und also dem Schuldner zu Gute kommt, weßhalb dieser dann gegen den Thäter nur noch auf soviel klagen kann, als sein Anspruch das Interesse des Pfandgläubigers übersteigt, l. 30. §. 1. cit. Alle diese Personen können die Klage sogar gegen den Eigenthümer selbst anstellen, was bei dem Usufruktuar und den übrigen dinglich Berechtigten gar keine Schwierigkeit macht, l. 12. h. t.:

> *Paul.* „Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione ususfructus [cf. Glück a. a. O. S. 372. Not. 12], ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum ususfructus meus fuit",

was aber auch eben so bei dem gutgläubigen Besitzer angenommen werden muß, l. 17. pr. h. t.:

> *Ulp.* „Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur",

indem dieser von dem Eigenthümer nicht nur wegen etwa aufgewendeter nöthiger oder nützlicher Verwendungen, sondern auch wegen verlornen Eviktions-Anspruchs Ersatzleistung fordern kann, vgl. Schol. ad Basil. LX. 3. 17., bei Fabr. VII. p. 80. schol. b., bei Heimb. V. p. 280 sch. 3, Glück a. a. O. S. 372. Not. 11, v. Madai im ziv. Arch. XXVI. S. 219 fgg., verglichen mit v. Löhr in seinem Magaz. Bd. IV. S. 521 fgg. — Wenn übrigens Manche, z. B. Schöman, Handb. I. S. 213 fgg., vgl. auch Glück a. a. O. S. 374 fgg., selbst demjenigen eine utilis actio leg. Aquiliae einräumen wollen, welcher nur ein obligatorisches Recht an der beschädigten Sache hat, so ist dieses gewiß irrig, vgl. l. 11. §. 9. h. t. und arg. l. 18. §. ult. de dolo (4, 3), l. 13. §. 12. de act. emt. vend. (19, 1), und nur die eine, leicht begreifliche Ausnahme läßt sich rechtfertigen, daß dem Pachter eine Klage dann zustehen soll, wenn auf dem Felde stehende Früchte beschädigt worden sind, l. 27. §. 14. h. t.; vgl. auch Hasse, Kulpa S. 322 fgg. Not. a., Zimmern, Noralklagen S. 10 fgg., v. Löhr a. a. O.

2) Das erste Kapitel der l. A. sagte: „qui occiderit". Dieses Wort erläutert Ulpian in l. 7. §. 1. h. t. so: „occisum autem accipere debemus, sive gladio, sive etiam fuste vel alio telo, vel manibus, si forte strangulavit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter". Es gehören dahin also nur Fälle unmittelbarer Tödtung, und derjenige, welcher nur mittelbar den Tod eines Sklaven oder eines Thiers herbeiführte („qui mortis causam praestitit"), konnte nicht unter die Worte des Gesetzes subsumirt werden; aber nach dem Geiste desselben wurde unbedenklich eine der l. Aquilia nachgebildete Klage eingeräumt, l. 7. §. 6. h. t.:

> *Ulp.* „Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam praestiterit, ut, qui mortis causam praestiterit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde affert eum, qui venenum pro medicamento dedit, et ait, causam mortis praestitisse, quemadmodum eum, qui furenti gladium porrexit, nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum".

Andre Beispiele sind, wenn Jemand einen Sklaven oder ein pecus dem Tode durch Verhungern oder Erfrieren Preis gibt, §. ult. J. h. t. (T. 4), l. 9. §. 2, l. 29. §. 7. h. t., l. 14. §. 1. de praescr. verb. et in factum actionib. (19, 5), l. 2. §. 20. vi bon. rapt. (47, 8), wenn er ihn in einen Hinterhalt lockt, um von einem Andren getödtet zu werden, l. 9. §. 3. h. t., wenn er ihn festhält, während ein Andrer ihn tödtet, l. 11. §. 1. h. t. u. dgl. m., vgl. auch l. 9. pr. §. 1, l. 53. h. t., l. 4. vgl. mit l. 3. §. 1. de servo. corr. (11, 3), l. 13. pr. locati (19, 2), l. 51. de furt. (47, 2). Ganz

ähnlich, wie das erste Kapitel wurde auch das dritte weit über den Wortsinn ausgedehnt. Während nämlich das Gesetz nur von urere, frangere, rumpere sprach, also nur von unmittelbaren Sachbeschädigungen, und man auch bei der interpretatio des Gesetzes die Schranke der Regel nach festhielt, daß immer ein Verderben oder Vernichten einer Sache, also ein damnum *corpori* datum vorausgesetzt werde, so wurde doch im Geiste des Gesetzes eine angepaßte Klage überall dann gegeben, wenn auch jene Beschädigung nicht durch unmittelbare körperliche Einwirkung, sondern nur dadurch herbeigeführt wurde, daß Jemand schuldvoller Weise causam s. occasionem damni praestitit. Man sah also auch bei dem dritten Kapitel davon ab, daß es ein damnum corpore datum sein müsse, und begnügte sich mit einem damnum corpori datum. Wenn Jemand einen Andren anstößt, so daß dieser dadurch einen Schaden stiftet, l. 7. §. 3. h. t., wenn Jemand ein Thier reizt, und dieses in Folge davon etwas beschädigt, l. 11. §. 5. h. t., l. 1. §. 7. si quadrupes (9, 1), wenn Jemand ein Seil, an welchem ein Schiff befestigt war, durchschneidet, und das sich selbst überlassene Schiff beschädigt oder vernichtet wird, l. 29. §. 5. h. t., wenn Jemand unvorsichtig Feuer auf seinem Grund und Boden anzündet, und dadurch das Nachbarhaus abbrennt, l. 30. §. 3. h. t., vgl. Collat. leg. Mos. et Rom. XII. 7. §. 4—6, wenn Jemand sein Vieh des Nachbars herübergefallenes Obst wegfressen, oder wenn er es auf fremdem Boden weiden läßt, l. 14. §. 3. de praescr. verb. (19, 5), l. 6. C. h. t. u. dgl. m., so ist zwar in allen diesen Fällen kein damnum corpore datum vorhanden, aber dennoch ist gegen den Beschädiger ex sententia legis Aquiliae eine Klage begründet; vgl. auch §. ult. J. h. t., l. 27. §. 10. 11. l. 49. §. 1. h. t., l. 1. §. 5. si quadrupes (9, 1); l. 52. §. 20. de furt. (47, 2). (Ueber l. 57. locati (19, 2) vgl. v. Löhr, Beiträge zu der Theorie der Kulpa S. 158 fgg., Hasse, Kulpa S. 40 fgg. Not. b, Zimmern, Noxalklagen S. 2 fgg.) — Obwohl nun hiernach keine unmittelbare körperliche Einwirkung des Beschädigers vorausgesetzt wird, so gingen doch die Römer begreiflich niemals so weit, daß sie auch wegen eines durch blose Unterlassungen herbeigeführten Schadens die Aquilische Klage zugelassen hätten, l. 13. §. 2. de usufr. (7, 2):

Ulp. „— — — sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio — — —; nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur“,

und damit steht auch augenscheinlich nicht im Widerspruch, daß doch dann die Aquilische Klage zugelassen wird, wenn Jemand die nachtheiligen Folgen einer an sich ganz erlaubten positiven Handlung abzuwenden unterläßt, wie z. B. wenn ein Chirurg eine an sich

heilsame Operation vornimmt, und dann den operirten Sklaven im Stich läßt, l. 6. J. h. t., l. 8. pr. h. t., oder wenn Jemand Feuer in einem Schmelzofen anzündet, und er selbst, oder ein Andrer, dem die Bewachung obliegt, dabei einschläft, und in Folge davon das Haus abbrennt, l. 27. §. 9. h. t., Coll. leg. Mos. et Rom. XII. 7. §. 7; und eben so ist es auch kein Widerspruch mit dem obigen Satze, daß die Aquilische Klage gegen denjenigen Platz greift, welcher bei einer an sich erlaubten Handlung die nöthigen Vorsichtsmaaßregeln unterläßt, z. B. beim Abhauen von Baumästen, oder bei dem Decken eines Dachs die üblichen Warnungs-Zeichen nicht aufsteckt, und nun Jemand beschädigt wird, §. 5. J. h. t., l. 31. h. t.

3) Es ist schon oben bemerkt worden, daß zur Begründung einer Aquilischen Klage immer ein damnum corpori datum vorausgesetzt wurde. So gewiß es nun auch ist, daß im Ganzen das römische Recht immer hierbei stehen geblieben ist, so wurde doch im Geiste der lex Aquilia eine actio in factum auch in einigen Fällen gegeben, in denen von einer rei corruptio nicht eigentlich die Rede sein konnte, in denen aber doch für den Beschädigten derselbe Effekt eintrat, wie wenn seine Sachen wirklich verderbt oder vernichtet wären. Es sind dies folgende:

a) Wenn Jemand, ohne den animus lucri faciendi zu haben, mich meiner Sache beraubt; z. B. er schlägt mich auf die Hand, so daß das Geld, was ich darin habe, herabfällt, und verloren geht, oder er wirft meine Sache in's Meer oder sonst an einen unwegsamen Ort, oder er verhilft meinem gefesselten Sklaven oder Thiere zur Flucht u. dgl. m., §. ult. J. h. t., l. 27. §. 21. h. t., l. 7. §. 7. de dolo malo (4, 3), l. 14. pr. §. 2. de praescr. verb. (19, 5), l. 55. de acqu. rer. dom. (41, 1), l. 50. §. 4. de furt. (47, 2).

b) Wenn Jemand zwar nicht eigentlich die Substanz meiner Sache verderbt, aber doch den Werth derselben dadurch vermindert hat, daß er damit andere, schwer oder gar nicht wieder abzusondernde Sachen vermengt hat, l. 27. §. 20. h. t.:

Ulp. „Item si quis frumento arenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit", vgl. l. 27. §. 14. eod.

c) Wenn Jemand meine zum Aufbrauch bestimmten Sachen aufgebraucht hat, so kann gewiß von einem rumpere oder corrumpere nicht eigentlich die Rede sein, aber dennoch wird eine utilis actio eingeräumt, l. 30. §. 2. h. t.:

Paul. „Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum injuria dare, ideoque utilis danda est actio". —

Es ist augenscheinlich, daß nur auf solche, besonders qualifizirte

Fälle, wie sie hier unter Nr. 3. zusammengestellt sind, der scheinbar allgemeine Ausdruck in §. ult. J. h. t. (T. 4): „sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuit, *sed alio modo damnum alicui contigerit*“ bezogen werden darf, und es ist schlechthin verwerflich, wenn Manche daraus für das Justinianische Recht die allgemeine Regel haben ableiten wollen, daß jetzt immer eine actio in factum gebraucht werden könne, wenn uns in irgend einer Weise — also ganz abgesehen von der Sach-Beschädigung! — durch die Verschuldung Jemandes ein Schaden zugefügt worden sei. Für eine solche schrankenlose Ausdehnung darf auch gewiß nicht die l. 33. §. 1. h. t. (T. 5) angeführt werden, indem hier Paulus offenbar nichts weiter sagen will, als daß die lex Aquilia — natürlich in den dazu geeigneten Fällen — durch die actio in factum ergänzt werde.

4) Endlich kommt eine eigenthümliche Erweiterung der lex Aquilia auch noch insofern vor, daß die angewandte Klage auch dann Platz greifen soll, wenn ein freier Mensch an seinem Leibe beschädigt worden ist. Ist der Beschädigte sui juris, so stellt er selbst diese Klage an, l. 13. pr. h. t.:

> *Ulp.* „Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem, directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur“.

Ist er aber noch in väterlicher Gewalt, so wird dem paterfamilias diese Klage gestattet, l. 5. §. ult., l. 6, l. 7. pr. h. t. — Wenn h. z. T. eine sehr verbreitete Praxis auch der Wittwe und den Kindern eines Getödteten die Aquilische Klage einräumen will, vgl. Glück a. a. O. S. 341 fgg., und die dort in Not. 13. zahlreich Angeff., so läßt sich dies theoretisch gewiß nicht rechtfertigen. —

Alle die bisher unter II. zusammengestellten Erweiterungen des Aquilischen Gesetzes in subjektiver, wie in objektiver Beziehung werden theils durch utilis actio legis Aquiliae, theils durch eine actio in factum realisirt. Das Verhältniß dieser beiden Klagen zu einander ist aber dunkel. Nach den Angaben Justinian's in §. ult. J. h. t. (T. 4.) sollte man glauben, daß bei einem damnum corpori sed non corpore datum stets die utilis actio, und nur bei einem damnum, welches auch nicht einmal corpori datum ist, die actio in factum Platz greifen müsse. Von dieser Unterscheidung der beiden Klagen weiß aber Gajus III. 219. nichts, und die Pandekten sind entschieden dagegen, indem da in sehr vielen Fällen des damnum corpori datum eine actio in factum zugelassen wird, vgl. die Zitate bei Nr. 2. Ueberhaupt scheint hierbei gar keine feste Regel beobachtet worden zu sein, und nur soviel dürfte sich behaupten lassen, daß in allen Fällen, in denen die lex Aquilia über

ihren ursprünglichen Wortsinn hinaus ausgedehnt wurde, eine actio in factum anwendbar war, vgl. auch T. 5 und 6, während die Formulirung der Klage als utilis actio gewiß nur in beschränkterem Umfange Statt fand, vgl. auch Schol. ad Basil. LX. 3. 63. bei Fabr. VII. p. 116 schol. e, bei Heimb. V. p. 324 schol. 3:

> „Nota etiam ex hoc capite, aliud esse in factum, et aliud utilem Aquiliam. Utilis quidem Aquilia est in factum; at in factum non est utilis Aquilia; haec enim latius patet et aliis casibus competit".

Die schärfere Begrenzung dieser Fälle gewährt aber kein besondres Interesse, indem meiner Ueberzeugung nach zwischen der actio utilis und der actio in factum ein bloßer Formel-Unterschied Statt fand. Zwar glauben Viele, daß auch ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagen insofern begründet sei, daß die *utilis* actio sämmtliche Eigenheiten der actio directa beibehalte — namentlich den eigenthümlichen Maaßstab bei der Verurtheilung, l. 12. h. t., und die Verurtheilung des Leugnenden in das Doppelte, l. 5. C. h. t., *Basil.* LX. 3. 62 —, während die actio *in factum* nur einfach ohne jene Eigenheiten auf Schadensersatz gehe, vgl. z. B. die bei Glück a. a. O. S. 337. Angeff., und unter den Neuern Thibaut, Syst. §. 622. und Mühlenbruch, Zession S. 160 fgg. Not. Da aber auf diese angebliche Verschiedenheit in den Quellen nirgends hingedeutet wird, es vielmehr wiederholt da heißt, daß die actio in factum *ad exemplum legis Aquiliae* gegeben werde, l. 53. h. t., daß sie *legi Aquiliae accommodata* sei, l. 11. de praesc. verb. (T. 6), und da endlich, wie bemerkt, für die Anwendung der einen oder der andren Klage sich aus unsren Quellen durchaus kein fester Grundsatz entnehmen läßt, was unbegreiflich wäre, wenn wirklich solche materielle Verschiedenheiten Platz griffen: so muß jene Ansicht gewiß für unbegründet gehalten werden; vgl. auch v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 84 fgg. vgl. mit Seite 115 fgg., Glück a. a. O. S. 337 fgg., *Schrader* ad §. ult. J. h. t., v. Savigny, Syst. V. S. 95 fgg.

III. Nach den Worten der lex Aquilia geht die Entschädigungs-Verbindlichkeit auf den Sachwerth des beschädigten Objekts, vgl. T. 1. und T. 3. Durch Interpretation wurde dies aber auf das gesammte Interesse ausgedehnt, §. 10. J. h. t.:

> „Illud *non ex verbis*, *sed ex interpretatione* placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse — —, sed eo amplius, quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit — — —";

l. 21. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* „Sed utrum corpus ejus solum aestimamus, quanti

fuerit, quum occideretur; an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc jure utimur, ut ejus quod interest, fiat aestimatio*",

vgl. auch l. 22, l. 23. pr. §. 1—8, l. 37. §. 1, l. 55. h. t. Nur versteht es sich, daß weder ein ganz ungewisser Gewinn, l. 29. §. 3. h. t., noch auch bloses Affektions-Interesse in Anschlag gebracht werden kann, l. 33. pr. h. t. Wird ein freier Mensch verwundet, so geht die Klage auf Ersatz der Kurkosten und des durch die Verwundung entzogenen Erwerbs, l. 7. pr. h. t., cf. l. 3. si quadrupes (9, 1), l. 7. de his qui effud. (9, 3). Wenn h. z. T. auch eine Klage wegen verlorner Schönheit (auf s. g. Narbengelder), und wegen erlittener Schmerzen (auf s. g. Schmerzensgelder) eingeräumt zu werden pflegt, so kann dies auf das römische Recht nicht gegründet werden, l. 3. cit: „scilicet *ut non deformitatis ratio habeatur*, quum liberum corpus aestimationem non recipiat", l. 7. cit.: „Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem". Die Veranlassung zu jener sehr konstanten Praxis gab die P. G. O. Art. 20. Vgl. Gensler im ziv. Arch. I. 11. S. 145 fgg. und Archiv für prakt. Rechtsw. II. S. 154 fgg.

Anm. 2. Wenn ein Sklave oder ein Thier von Mehreren verwundet, und hierauf gestorben ist, so sind in Betreff der Aquilischen Klage folgende beiden Fälle zu unterscheiden.

1) Wenn die Verwundungen gleichzeitig geschehen, und es läßt sich nicht ermitteln, welche Wunde insbesondre den Tod hervorgebracht hat, so wird Jeder der mehreren Thäter als Todtschläger angesehen, und es findet also das erste Kapitel der lex Aquilia gegen jeden Einzelnen seine volle Anwendung, l. 11. §. 2. h. t.:

Ulp. „Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; *quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Julianus ait;* et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, quum sit poena".

Ulpian beruft sich für diesen Satz auf Julian, und wir finden die Stelle, auf welche hier Bezug genommen ist, in l. 51. §. 1. h. t., wo Julian für jenes Dogma die „auctoritas veterum" anführt.

2) Der andre Fall, wenn die mehreren Verwundungen der Zeit nach auf einander folgen, wird in l. 11. §. 3. h. t. so entschieden:

Ulp. „Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, *priorem quidem non teneri*, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit;

posteriorem teneri, quia occidit, quod et Marcello videtur, et est probabilius",

und damit ist noch der Ausspruch desselben Ulpian in l. 15. §. 1 h. t. in Verbindung zu bringen:

Ulp. „Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, *de occiso agi non posse*, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus periit ex vulnere, quasi de occiso agi posse Julianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc, quum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit; at in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus".

Während nun aber hiernach der Grundsatz zu gelten scheint, daß in einem solchen Falle nur derjenige, welcher die letzte tödtliche Wunde schlug, als Todtschläger aus dem ersten Kapitel der lex Aquilia belangt werden, und gegen den ersten Verwunder nur das dritte Kapitel wegen Verwundung in Anwendung kommen dürfe, stellt Julian in l. 51. h. t. das völlig abweichende Dogma auf, daß alle Beide, sowohl der erste wie der zweite Verwunder als Todtschläger zu behandeln seien, und gegen Beide das erste Kapitel der l. Aquilia in vollem Umfange zur Anwendung komme:

Julian. „Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum, medio deinde tempore heres institutus est, et postea ab alio ictus decessit, quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit? — — — Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, *utrumque eorum lege Aquilia teneri*".

Ueber das Verhältniß dieser Stellen zu einander ist viel gestritten worden, vgl die Nachweisungen bei Glück a. a. O. S. 347 fgg. und bes. bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 11. §. 3. cit. tom. II. p. 384 sqq. Sehr Viele glauben, daß hier ein unauflöslicher Widerspruch vorliege, indem die römischen Juristen selbst verschiedener Meinung gewesen seien; die ältere, noch von Julian vertheidigte Meinung sei gewesen, daß alle Beide als Todtschläger behandelt werden müßten; die neuere, von Celsus, Marcellus und Ulpian gebilligte Meinung gehe aber dahin, daß nur der Letzte wegen der Tödtung belangt werden könne, und dieses müsse gewiß auch als die Ansicht des Justinianischen Rechts angesehen werden, vgl. z. B. *Cujac.*, Observatt. lib. XXVII. c. 13. und in libr. LXXXVI. Dig. Salv. Julian. ad l. 51. cit. (in opp. VI. p. 445 sqq.), *Noodt* ad leg. Aquil. c. 10, Glück a. a. O., v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 126 fgg. u. A. m. Daß man aber zu einer solchen historischen

Vereinigung nur im äußersten Nothfalle seine Zuflucht nehmen darf, versteht sich von selbst; in unsrem Falle wird dieselbe um so mißlicher, da darnach Julian nicht nur mit Ulpian, sondern mit sich selbst im Widerspruch gestanden haben müßte, denn in l. 15. §. 1. cit. beruft sich Ulpian auf die Auktorität von Julian bei Entscheidung eines Falls, der in allen Essentialien mit dem Falle der l. 11. §. 3. cit. übereinstimmt, und dadurch sehen sich denn auch in der That *Noodt* und Glück a. d. aa. OO. zu der wahrhaft verzweifelten Annahme genöthigt, Julian habe wohl später seine Meinung wieder geändert! Unter diesen Umständen liegt gewiß die Meinung viel näher, daß überhaupt Julian und Ulpian gar nicht verschiedener Ansicht gewesen seien, sondern die verschiedene Entscheidung in l. 11. §. 3. und l. 51. citt. durch die Verschiedenheit der entschiedenen Fälle herbeigeführt werde, und deßhalb haben Viele, nach dem Vorgange der Glosse angenommen, Julian in l. 51. cit. setze voraus, daß die erste Wunde schlechthin tödtlich gewesen sei („ut eo ictu *certum* esset moriturum"), während Ulpian in l. 11. §. 3. cit. einen Fall vor Augen habe, in welchem die Tödtlichkeit der ersten Wunde nicht so außer allem Zweifel gewesen sei; vgl. die vielen bei Schult. und Smallenb. Angeff., und diese Vereinigung findet sich auch schon in einem Schol. ad Basil. LX. 3. 51, bei Fabr. VII. p. 112. schol. x., bei Heimb. V. p. 319. schol. 7:

> „Hoc est discriminis huic cap. cum 2 them. 15 cap., quod ibi primi vulnus non erat ex necessitate mortiferum, sed dubitabatur; hic autem ex primo necessario erat moriturus, et forte post diem".

Ich halte diese Unterscheidung nicht für unmöglich, aber auch nicht für wahrhaft befriedigend, theils weil Ulpian in l. 11. §. 3. cit. hierauf auch nicht im Entferntesten hindeutet, sondern die Voraussetzung für seine Entscheidung allgemein so angibt: si alius *mortifero* vulnere percusserit", theils weil die ganze Unterscheidung auf den in der Anwendung auf einzelne Fälle äußerst schwierigen und schwankenden Begriff von absoluter Lethalität gestellt wäre, was ich dem gesunden praktischen Sinne der römischen Juristen kaum zutrauen möchte. Meiner Ueberzeugung nach ist das Unterscheidende der beiden Fälle nicht in einer Verschiedenheit der ersten, sondern vielmehr in einer verschiedenen Beschaffenheit der zweiten Verwundung zu suchen, und dafür scheinen mir hinlängliche Gründe nicht nur in der Natur der Sache, sondern auch in den beiden Gesetzen selbst zu liegen. Betrachten wir nämlich die l. 11. §. 3. cit. näher, so ist hier offenbar ein Fall entschieden, in welchem die zweite Verwundung den alsbaldigen Tod des Sklaven zur nothwendigen Folge hatte, z. B. Titius bringt dem Sklaven eine tödtliche Wunde bei; ehe

derselbe aber daran stirbt, schneidet ihm Gajus den Kopf ab. Dies drückt Ulpian sehr bezeichnend aus: alius mortifero vulnere percussit, *alius postea exanimavit*". Hier ist es offenbar, daß der Sklave nicht an der ersten, wenn auch tödtlichen, Wunde gestorben ist, eben so wenig, wie wenn ein schwer verwundeter Sklave von einer einstürzenden Mauer zerschmettert wird, oder bei einem Schiffbruch sein Leben in den Wellen verloren hat, und in allen diesen Fällen entscheidet also Ulpian, und mit ihm auch Julian (l. 15. §. 1. cit.), sehr konsequent, daß gegen denjenigen, welcher diese, wenn auch tödtliche, Wunde schlug, doch nur aus dem dritten Kapitel der l. Aquilia Klage erhoben werden kann, eben weil ja der Tod nicht eine Folge dieser That war, „quia ex alio vulnere periit". Ganz anders verhält es sich dagegen mit dem Falle der l. 51. cit. Hier wird nämlich die zweite Verwundung nicht so geschildert, daß dadurch der Tod herbeigeführt, sondern nur so, daß dadurch der Tod des Sklaven beschleunigt werde („ut *maturius* interficeretur"), und es wird also offenbar eine Verwundung vorausgesetzt, die an sich betrachtet vielleicht gar nicht einmal tödtlich sein würde, die aber in ihrem Zusammentreffen mit der ersten Wunde den Tod früher herbeiführte, als dies blos in Folge der ersten Wunde der Fall gewesen sein würde. Da hier beide Verwundungen zusammentreffen mußten, um den Tod gerade in der Zeit, in welcher er erfolgt ist, herbeizuführen, so sind auch beide Thäter gleichmäßig als Todtschläger anzusehen, und gegen Beide kann also aus dem ersten Kapitel der l. Aquilia Klage erhoben werden. Daß aber hier wirklich ein Fall vorausgesetzt wird, in welchem der Tod nicht als die nothwendige und ausschließliche Folge der zweiten Verwundung erscheint, das geht noch insbesondere aus der Motivirung der Julianischen Entscheidung in §. 1 und 2. der l. 51. cit. hervor. In §. 1. cit. sagt er, seine Entscheidung stimme völlig mit dem von den Alten angenommenen Satze zusammen, daß, wenn mehrere gleichzeitig einen Sklaven verwundet hätten, „*ut non appareat, cujus ictu periisset*", so seien alle einzelnen Thäter als Todtschläger zu behandeln; soll aber diese Parallele passen, so muß offenbar auch in princ. vorausgesetzt werden, daß der Tod nicht die alsbaldige nothwendige Folge der zweiten Verwundung allein gewesen sei. Und in §. 2. cit. rechtfertigt Julian noch weiter seine Entscheidung so: „Quodsi quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet, longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, quum neque impunita maleficia esse oporteat, *nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur*", und auch dies setzt nothwendig voraus, daß die beiden Wunden in ihrem Zusammentreffen den Tod hervor brachten, und diese Wirkung nicht schon nothwendig aus der zweiten

Verwundung allein hervorging. Vgl. auch Luden, über den Thatbestand des Verbrechens. Gött. 1840. S. 263 fgg., Ziegler, die Theilnahme an einem Verbrechen. Marb. 1845. S. 79 fgg.

Anm. 3. Was den Einfluß eines Obligations-Verhältnisses auf die actio legis Aquiliae betrifft, so sind dabei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht zu ziehen.

I. Wenn ein Kommodatar, Depositar, Miether u. dgl. die geliehene, deponirte oder gemiethete Sache deteriorirt oder vernichtet, so hat der Beschädigte die Wahl, ob er die Kontraktsklage anstellen, oder ob er sich der actio legis Aquiliae bedienen will, und zwar findet unter diesen Klagen das Verhältniß Statt, daß zwar allerdings keine prozessualische Konsumtion der einen durch die andre begründet ist, vgl. bes. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf die materiellen Rechtsverh. Th. I. Rost. 1846. S. 61, wohl aber die eine dann wegfällt, wenn der Kläger in Folge der andren Befriedigung erhalten hat, l. 18. §. 1. commod. (13, 6):

Gai. „Sive autem pignus, sive commodata res sive deposita, deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, *verum etiam legis Aquiliae; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur*";

vgl. l. 7. §. 8, l. 18, l. 27. §. 11, 34, 35, l. 42. h. t., l. 47. §. 1. bis l. 50. pro soc. (17, 2), l. 25. §. 5, l. 30. §. 2, l. 43. locati (19, 2), u. s. auch l. 36. §. 2. de H. P. (5, 3), l. 13. de R. V. (6, 1). Eben weil hier aber von einer prozessualischen Konsumtion keine Rede ist, so versteht es sich schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß wenn der Kläger in Folge der Kontraktsklage Befriedigung erhalten hat, und die Aquilische Klage ihm wegen der dabei geltenden eigenthümlichen Schätzung größere Vortheile gewähren würde, er dieses Mehr noch unbedenklich nachfordern kann, vgl. l. 7. §. 1. commod. (13, 6);

Ulp. „— — nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem, nisi forte quis dixerit, *agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est; quod videtur habere rationem*",

und l. 34. §. 2. fin. de O. et A. (44, 7):

Paul. „— — Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis; utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; *sed verius est remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet*" (über die

schwierigen Schlußworte vgl Glück IV. S. 24 fgg. Not. 74, X. S. 369 fgg., *Schult. et Smallenb.* ad h. t. tom. VI. p. 669 sqq., Thibaut, zivil. Abhh. S. 190 fgg., *Krug*, selecta de cond. furt. capita p. 65 sqq. not. 3, v. Savigny, Syst. V. S. 229 fgg., Huschke in der Gießer Zeitschr. Neue Folge. Bd. II. S. 184 fgg., Kleinschrod, zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen. Nördl. 1849. S. 22 fgg., Martens über Konkurrenz und Kollision der röm. Zivilklagen. Leipzig 1856. S. 48 fgg. S. 103 fgg.

II. Soviel versteht sich hiernach von selbst, daß die Aquilische Klage durch ein bestehendes Obligations-Verhältniß keineswegs ausgeschlossen wird. Ob nicht aber doch die obligatio einen modifizirenden Einfluß auf die Aquilische Klage äußere, und welchen? darüber herrschen verschiedene Ansichten, und namentlich ist die Frage sehr bestritten, ob die actio leg. Aquiliae auch wegen leichten Versehens dann begründet sei, wenn in dem vorliegenden Kontrakts-Verhältniß der Kontrahent bloß wegen Arglist und grober Verschuldung verantwortlich ist? ob also z. B. die Aquilische Klage gegen den Depositar angestellt werden könne, welcher culpa *levi* die deponirte Sache deteriorirt oder vernichtet? Die meisten älteren Juristen (vgl. die Zitate bei Glück X. S. 310 fgg.), und unter den Neueren besonders Thibaut, Syst. §. 623. (vgl. auch Braun's Erörtr. S. 260 fgg.), *Vollgraff* l. c. p. 26 sqq., Hänel, Schadensersatz §. 35, Unterholzner II. S. 698, Sintenis, das prakt. gem. Zivilrecht Bd. II. S. 330 fgg. verneinen diese Frage, während die meisten Neueren umgekehrt in solchem Falle die Aquilische Klage unbedenklich zulassen, vgl. z. B. Schöman, Hdb. II. S. 208 fgg., v. Löhr, Beiträge zur Theorie d. Kulpa S. 219 fgg., und in seinem Magaz. Bd. III. S. 173 fgg., Band IV. S. 486, Glück X. S. 310 fgg., Hasse, Kulpa §. 36 fgg., Schweppe §. 551, Mühlenbruch §. 353, Wening §. 330, Valett §. 630, Göschen §. 592. Ich halte die letzte Ansicht für die richtigere; jedoch müssen dabei zwei Gesichtspunkte scharf von einander getrennt werden:

1) Jede Aquilische Klage setzt nothwendig ein damnum *injuria* datum, also eine Kulpa voraus. Nun ist es aber unleugbar, daß sehr oft eine Handlung, welche ohne ein zwischenliegendes Obligations-Verhältniß entschieden eine kulpose sein würde, durch die obligatio vollkommen gerechtfertigt wird, und gar nicht als kulpos angesehen werden kann; und ist dies der Fall, so versteht es sich von selbst, daß dann auch von einer Aquilischen Klage keine Rede sein darf. Gesetzt, ich übergebe einem Handwerker eine leicht zerbrechliche Sache zu einer gefährlichen Reparatur, und die Sache zerbricht wirklich

unter dessen Händen, ohne daß ihm eine Stümperei vorgeworfen werden kann, so fällt die Aquilische Klage hinweg, l. 27. §. 9. h. t., obwohl dieselbe unbezweifelt Platz greifen würde, wenn nicht das besondre Obligations-Verhältniß in die Mitte träte, wodurch der Handwerker ein Recht zu derartigen Handlungen erhalten hat. Oder es hat Jemand ein Thier gemiethet, und dasselbe innerhalb des vertragsmäßigen Maaßes belastet; das Thier aber ist zu schwach und nimmt Schaden; so fällt hier die Aquilische Klage wegen des Vertrags hinweg, während sie ohne denselben unbezweifelt begründet gewesen wäre; vgl. l. 27. §. 23. h. t., l. 30. §. 2. locati (19, 2); u. dgl. Fälle mehr. Auf demselben Gedanken beruht offenbar auch die Entscheidung der l. 54. §. 2. de acqu. rer. dom. (41, 1), wornach derjenige, welcher uns bona fide als Sklave dient, nicht wegen eines jeden kleinen Versehens mit der Aquilischen Klage belangt werden kann, eben weil dieselben in jenem putativen Verhältniß eine genügende Rechtfertigung finden. Vgl. auch Hagemeister in v. Löhr's Magaz. Bd. III. S. 145 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 54 fgg.

2) Ist aber ungeachtet des Obligations-Verhältnisses doch eine Kulpa vorhanden, wird also die fragliche Handlung durch das Obligations-Verhältniß nicht gerechtfertigt, so findet die Aquilische Klage Statt, wenn auch die Kontraktsklage nicht begründet sein sollte, weil nicht eine so arge Verschuldung, wie sie bei dieser Kontraktsklage vorausgesetzt wird, vorhanden ist. Wenn nämlich Jemanden in einem Obligationsnexus nur culpa lata oder die s. g. omissio diligentiae in concreto angerechnet wird, so bezieht sich dies offenbar nur gerade auf die besondren Obliegenheiten, die eben aus diesem Obligationsnexus für ihn entstehen, nicht aber auch auf die Verbindlichkeiten, die er, so zu sagen, als Mensch dem Menschen gegenüber zu beobachten hat; sondern in Betreff dieser letztren steht er nothwendig unter den allgemeinen Grundsätzen der lex Aquilia, welche bekanntlich schlechthin keine Grade der Kulpa kennt, sondern immer anwendbar ist, wenn nur überhaupt Kulpa vorhanden ist. Daß man diese einfache Argumentation so oft verkannt hat, erklärt sich wohl theils und hauptsächlich daraus, daß die Vertheidiger der richtigen Ansicht nicht immer die vorher unter Nr. 1. ausgeschiedenen Fälle gehörig berücksichtigten, und dadurch ihrer Theorie eine bedeutende Blöße ließen. Theils ließ man sich aber auch durch den Scheingrund blenden, daß man sagte: wenn Jemand in einem Obligations-Verhältniß die kontraktsmäßige diligentia prästire, so handle er innerhalb seiner Rechtssphäre, und „qui jure suo utitur, neminem laedit“. Ich nannte dieses einen Scheingrund; denn man geht dabei von dem falschen Satze aus, daß Alles, was durch die

lex contractus **nicht verboten** sei, überhaupt als erlaubt angesehen werden müsse; während man doch offenbar nur sagen kann: was durch die lex contractus **erlaubt** ist, d. h. wozu der Kontrahent nach der lex contractus ein eigentliches Recht hat, das muß überhaupt als erlaubt angesehen werden. Wenn in einem Kontrakts-Verhältniß, z. B. bei einem Depositum, der Kontrahent blos für dolus und culpa lata einzustehen hat, so heißt dies offenbar nur so viel, daß leichte Versehen unter der lex contractus nicht begriffen seien, daß er also deßhalb aus dem Kontrakte nicht belangt werden darf: aber keineswegs soll damit gesagt sein, daß er zu solchen leichten Versehen ein **Recht** habe, daß sie ihm **erlaubt** seien, und er also deßhalb überhaupt nicht angegriffen werden könne. Daß nun aber der Kontrahent in einem solchen Falle, wenn nur überhaupt eine Kulpa, also keine durch den Kontrakt erlaubte und gerechtfertigte Handlung vorhanden ist, wirklich mit der Aquilischen Klage belangt werden kann, obwohl die Kontraktsklage unanwendbar ist: dafür haben wir allerdings meines Wissens kein spezielles Quellenzeugniß; aber wir haben zahlreiche, oben bei Nr. I. angegebene Gesetze, in denen allgemein gesagt ist, daß auch bei einem Kontrakts-Verhältniß die Aquilische Klage unbedenklich gebraucht werden könne; und dieses muß vollständig genügen. Denn da hier nirgends besondre Voraussetzungen für diese Klage angegeben werden, so versteht es sich ganz von selbst, daß dieselbe überall anwendbar sein muß, wenn ihre allgemeinen Requisite vorhanden sind, also **Sachbeschädigung** durch positive Handlung und **Kulpa, ohne irgend einen Gradunterschied**; und damit würde sich die Theorie der Gegner nur dann vereinigen lassen, wenn der m. E. unmögliche Beweis geführt werden konnte, daß dann, wenn in einem Obligations-Verhältniß nur für dolus und culpa lata gehaftet werden muß, jedes geringe Versehen gar nicht als Kulpa angesehen werden dürfte! — Außer jenen allgemeinen gesetzlichen Aussprüchen, die ich, wie gesagt, für völlig genügend und entscheidend halte, können aber auch noch einige spezielle Bestimmungen angeführt werden, die wenigstens eine nahe liegende Analogie darbieten. Bei Verhandlung einer liberalis causa werden auch solche Beschädigungen berücksichtigt, die derjenige, welcher bis dahin als Sklave diente, seinem putativen Herrn zugefügt hatte, aber nur solche, welche dolo malo oder culpa lata verursacht waren; obgleich nun aber der Beschädiger in diesem besondren Verhältniß nur für Dolus haftet, so steht doch nichts im Wege, ihn wegen kulposer Beschädigungen mit der actio legis Aquiliae zu belangen, l. 13. pr. de liber. causa (40, 12):

Gai. „Illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actone deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit.

Ideoque, licet absolutus hoc judicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, quum ea lege etiam culpa teneatur".

Eine ganz ähnliche Entscheidung findet sich in Betreff eines testamentarisch Manumittirten, welcher vor dem Erbschaftsantritt Sachen des Erblassers beschädigt hat, l. 1. §. 2. si is, qui test. liber esse jussus erit (47, 4):

Ulp. „— — Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiter qualiter dedit".

Endlich mag hier auch noch l. 5. §. ult. h. t. angeführt werden. Dort wird der Fall behandelt, wenn ein Meister seinen Lehrjungen züchtigt, und ihm dadurch einen Schaden an seinem Körper zufügt. Für den Vater des Lehrjungen sind zwei Klagen gedenkbar, die actio ex locato und die actio legis Aquiliae, und da heißt es nun: „an ex locato, *dubitat* [Julianus] — —, sed lege Aquilia posse agi, *non dubito*". Aus dieser Steigerung geht aber deutlich genug hervor, daß es unzweifelhaft Fälle geben kann, in denen die Aquilische Klage Statt findet, obwohl die Kontraktsklage wegen nicht vorhandener hinreichender culpa nicht begründet erscheint. — Wenn man sich übrigens bei dem hier verhandelten Streite auch noch oft auf l. 24. §. 5. sol. matrim. (24, 3) berufen hat, und daraus bald für, bald gegen unsre Meinung Argumente hat entnehmen wollen, so halte ich dies für völlig irrig. In dieser Stelle wird ausschließlich die Frage behandelt, ob der Ehemann, wenn er mit der *actio rei uxoriae* belangt wird, wegen übermäßiger Grausamkeit gegen die Dotalsklaven zur Rechenschaft gezogen werden könne; und da dabei auch nicht im Entferntesten von der actio legis Aquiliae die Rede ist, so vermag ich in der That nicht einzusehen, wie aus der Entscheidung dieses Gesetzes irgend etwas für oder gegen unsre Meinung gefolgert werden konnte.

---

b) Von einigen besondren Arten der Beschädigung.

aa) Heimlicher Baumfrevel. §. 682.

Dig. XLVII. 7. arborum furtim caesarum. — Unterholzner II. S. 722 fgg., Koch III. S. 961 fgg.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia, et *ex XII tabularum* dandam actionem Labeo

ait. (Vgl. l. 11. eod., l. 28. §. 6. de jurejur. (12, 2), *Gai.* IV. 11, *Plin* hist. nat. XVII. 1).

2) *Ulp.* l. 7. §. 6. 7. h. t: Haec actio, etiamsi poenalis sit, perpetua est, sed adversus heredem non datur; heredi ceterisque successoribus dabitur. (§. 7). Condemnatio autem ejus duplum continet.

bb) Damnum coactis hominibus und damnum turba datum. §. 683.

Dig. XLVII. 8. vi bonorum raptorum. — Unterholzner II. S. 707 fgg. S. 724 fgg., Koch III. S. 962 fgg.

1) *Ulp.* l. 2. pr. h. t. (s. oben §. 680. T. 1.)

2) *Ulp.* l. 4. pr. h. t.: Praetor ait: *Cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit in duplum, post annum in simplum judicium dabo.*

cc) Beschädigung bei Brand, Schiffbruch u. dgl. §. 684.

Dig. XLVII. 9. de incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata. — Unterholzner II. S. 727 fgg.

Ulp. l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *In eum, qui ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata quid rapuisse, recepisse dolo malo, damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum judicium dabo; item in servum et in familiam judicium dabo.*

dd) Beschädigung eines Grabmals. §. 685.

Dig XLVII. 12, Cod. IX. 19. de sepulchro violato. — Unterholzner II. S. 794 fgg.

Ulp. l. 3. pr. h. t.: Praetor ait: *Cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob*

eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicunque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. Si plures agere volent, cujus justissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. Si quis in sepulchro dolo malo habitaverit, aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit, in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum judicium dabo.

ee) Widerrechtliche Beisetzung einer Leiche. §. 686.

Dig. XI. 7. de religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat. — Unterholzner II. S. 167 fgg. und S. 706 fgg.

Ulp. l. 2. §. 2. h. t.: Praetor ait: *Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit, illata esse dicentur, qui hoc fecit, in factum actione tenetur, et poena pecuniaria subjicietur.*

ff) Verlegung eines öffentlichen Wegs auf ein Privatgrundstück. §. 687.

Paul. l. 3. pr. de via publ. (43, 11): Si in agrum vicini viam publicam quis rejecerit, tantum in eum *viae receptae actio* dabitur, quanti ejus interest, cujus fundo injuria irrogata est. Unterholzner II. S. 706.

gg) Beschädigungen von Seiten der publicani. §. 688.

Dig. XXXIX. 4. de publicanis et vectigalibus et commissis. — Unterholzner II. S. 730 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Quod publicanus ejus publicani nomine vi ademerit, quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut si post annum agetur, in simplum judicium dabo. Item si damnum injuria, furtumve factum esse dicetur, judicium dabo. Si id, ad quos ea res*

pertinebit, non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione judicium dabo. (Cf. l. 12. §. 1. eod.) — Die verschiedenen Ansichten über die gewiß nicht ganz gesunden Anfangsworte s. bei Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. VI. p. 188 sqq. Die einfachste Aushülfe ist m. E., wenn man mit leichter Umstellung der Worte lies't: quod publicanus, quodve familia publicanorum publicani nomine rel.

2) *Ulp.* l. 1. §. 4. h. t.: — — Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc Edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni injuriae vel furti agere, an possit? Et placet, posse, idque Pomponius quoque scribit; est enim absurdum, meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari.

B. Beschädigung durch Thiere. §. 689.

Inst. IV. 9, Dig. IX. 1. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. — Glück X. S. 269 fgg. und die dort Angeff., Unterholzner II. S. 709 fgg., Koch III. S. 971 fgg. — Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 8. („über den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden"), Zimmern, das System der röm. Noxalklagen. Heidelberg 1818. bes. Kap. V., Gesterding, über den Ersatz des Schadens, welchen fremde Thiere stiften; in der Gießer Zeitschrift Bd. IV. S. 261 fgg., und von Neuem abgedruckt in dessen Nachforsch. Bd. VI. Abth. 2. S. 135 fgg. Vgl. auch Hepp, die Zurechnung auf dem Geb. des Zivilr. S. 90 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 396 fgg., Müller, Eviktion I. S. 255 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. §. 1. 2. h. t.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tabularum descendit; quae lex voluit aut dari id, quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre. §. 1. Noxia autem est ipsum delictum. §. 2. Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. — 2) *Paul.* l. 4. h. t.: Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

3) *Ulp.* l. 1. §. 7. h. t.: Et generaliter haec actio locum habet, quoties contra naturam fera mota pauperiem dedit. Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam

actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum — — teneri; at si quum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus. Cf. pr. J. h. t.: Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet; ceterum si genitalis sit feritas, cessat.

4) *Ulp.* l. 1. §. 12. 13. h. t.: Et quum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cujus fuerit quadrupes, quum noceret, sed cujus nunc est. §. 13. Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.

5) *Ulp.* l. 14. §. 3. de praescript. verb. (19, 5): Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis; nam neque ex lege XII tabularum *de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur*, neque de pauperie, neque damni injuriae agi posse; in factum itaque erit agendum. — Ueber die actio de pastu (s. außer der l. 14. cit. auch noch *Paul.* rec. sent. I. 15. §. 1. und l. ult. C. de leg. Aquil. 3. 35) vgl. Glück a. a. O. S. 275 fgg., Thibaut a. a. O., Zimmern a. a. O. S. 105 fgg., Gesterding a. a. O. §. 6, Unterholzner II. S. 712, Koch III. S. 974 fgg.

Anm. Wenn man früher sehr gewöhnlich die im römischen Rechte anerkannte Verbindlichkeit des Eigenthümers, für den von seinem Thiere angerichteten Schaden einzustehen, aus einer präsumirten Kulpa des Eigenthümers ableiten wollte — eine Erklärung, die sich z. B. auch noch bei Thibaut a. a. O. S. 221 fgg., Glück a. a. O. S. 287 fgg., Hasse, Kulpa S. 18 fgg. Not. b, findet —; so ist mit Recht dagegen bemerkt werden, daß sich daraus die Grundsätze des römischen Rechts nicht allein nicht genügend erklären lassen, sondern daß sie in dem offensten Widerspruche damit stehen. Zwar ließe sich aus dieser Idee wohl zur Noth die Unterscheidung zwischen solchen Beschädigungen, die das Thier secundum naturam, und solchen, die es contra naturam sui generis zufügt (T. 3), rechtfertigen, indem man nämlich sagen konnte, daß der Eigenthümer nur veranlaßt sei, über sein tückisches und ungezogenes Thier zu wachen; aber doch hat augenscheinlich auch diese Erklärung etwas sehr Gezwungenes und wenig Ansprechendes. Warum aber soll, wenn eine Kulpa des Eigenthümers das Fundament der Ersatzpflicht wäre, dieser

mit der noxae deditio abkommen, und nicht unbedingt für den ganzen Schaden haften? Warum soll, wenn das Thier gestorben ist, der ganze Anspruch auf Ersatz wegfallen? und wie endlich wäre mit jener Idee der bekannte Grundsatz: *noxa caput sequitur* irgend in Einklang zu bringen? Vgl. bes. Zimmern a. a. O. §. 4 fgg. Alle diese Sätze erklären sich nur dann wahrhaft befriedigend, und das römische System der Noxalklagen gewinnt nur dann wahre Einheit und innere Konsequenz, wenn man von der wirklichen oder präsumirten Kulpa des Eigenthümers ganz absieht, sondern vielmehr davon ausgeht, daß nach der Ansicht des römischen Rechts, so zu sagen, eine Kulpa des Thiers selbst, das wahre Fundament der actio de pauperie ist, und der Eigenthümer nur als der natürliche Schutzherr und Vertreter dieses Delinquenten in Betracht kommt. Ob diese Ansicht auch dem s. g. Naturrechte angemessen ist, das mag hier dahin gestellt bleiben; daß es aber wirklich die Ansicht des römischen Rechts ist, kann nicht bezweifelt werden, wenn man nur erwägt, daß sich blos daraus, aber auch vollständig daraus die vorher angedeuteten Sätze ableiten lassen, und daß die von Thieren angerichteten Beschädigungen unter ganz gleiche Grundsätze mit den Delikten der Sklaven und Hauskinder gestellt sind. Und sollte noch irgend ein Zweifel übrig sein, so lese man nur die l. §. 11. h. t.:

> *Ulp.* „Quum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit; Q. Mucius distinxit, ut, si quidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio, quamobrem eum sibi aut noxiam sarcire, aut in noxam dedere oportere";

denn diese Entscheidung läßt sich doch gewiß nicht anders erklären, als daß die Römer auch bei Thieren eine Art Imputabilität, also etwas dem Delikte eines Menschen Analoges angenommen haben. Vgl. bes. Zimmern a. a. O. S. 36 fgg. S. 79 fgg., u. s. auch Gesterding a. a. O. §. 3, Hepp a. a. O. — Wenn nun hiernach auch die Theorie der s. g. actio quadrupedaria im Ganzen sehr einfach ist, so sind doch einige besonders streitige Punkte noch im Einzelnen zu besprechen.

1) Es herrscht Streit darüber, ob unsre Klage auch auf wilde Thiere anwendbar sei? Viele leugnen dies, weil ja überhaupt die Klage nur begründet sei, wenn das Thier contra naturam sui generis geschadet habe, und dies bei dem von einem wilden Thiere angerichteten Schaden nicht gesagt werden könne; und dafür beruft man sich denn auch noch insbesondere auf pr. J. h. t. (T. 3. a. E.) und auf l. 1. §. 10. h. t.:

> *Ulp.* „*In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet*, et ideo, si ursus fugit et sic nocuit,

non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit, et ideo, et si eum occidi, meum corpus est".

So scheinbar auch diese Gründe sind, so dürfte sich doch jene Ansicht in ihrem vollen Umfange nicht rechtfertigen lassen, und namentlich würde dieselbe in einem auffallenden Widerspruch mit §. 1. J. h. t. stehen. Nachdem hier nämlich die Aedilitische Klage gegen denjenigen erwähnt ist, welcher wilde Thiere („canem, verrem, aprum, ursum, leonem") in der Nähe einer öffentlichen Passage gefährlicher Weise hält, fährt der Kaiser fort:

„Praeter has autem aedilitias actiones et de pauperie locum habebit; nunquam enim actiones, praesertim poenales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit".

Offenbar ist hier die Möglichkeit der actio de pauperie auch für wilde Thiere anerkannt, denn die Auslegung, welche z. B. Thibaut a. a. O. S. 217 fgg. gibt, daß die actio de pauperie blos auf die im Aedilitischen Edikte auch genannten Hunde bezogen werden dürfe, verdient doch gewiß keine Beachtung Sollte es denn aber in der That keine Fälle geben, in denen man auch von wilden Thieren sagen kann, daß sie *contra naturam* schadeten, daß sie also gewissermaßen in einer Kulpa seien? M. E. kann dies unbedenklich bei allen solchen wilden Thieren angenommen werden, welche sich nicht mehr im Zustande natürlicher Wildheit befinden, sondern gezähmt in menschlicher Zucht und Gefangenschaft stehen. Wenn ein solches Thier, welches seine natürliche Wildheit abgelegt hat, gegen seine jetzige durch Zucht und Gewohnheit angenommene Natur einen Schaden zufügt, so kann man hierbei nicht weniger, wie bei einem zahmen Thiere sagen, daß es contra naturam geschadet habe, und auch hier muß also gewiß die actio de pauperie Platz greifen. Durch diese Annahme erklärt sich aber nicht nur vollständig der §. 1. J. cit., sondern auch die für die entgegengesetzte Lehre vorgebrachten Gesetze widerstreiten nicht, da hier augenscheinlich von nicht gezähmten, wilden Thieren die Rede ist. Vgl. auch Zimmern a. a. O. S. 97 fgg.

2) Bestritten ist es auch, worauf eigentlich bei der actio de pauperie der Antrag des Klägers gerichtet werden müsse? Die Mehrzahl unsrer Juristen nimmt an, daß Klage und Urtheil blos auf Schadensersatz gehe, indem nur dieser in obligatione und in petitione, die *noxae deditio* aber blos *in solutione* sei, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 292 fgg. und die dort Angeff. Einige nahmen aber schon früher an, daß Klage und Urtheil alternativ auf litis aestimatio und noxae deditio gerichtet sein müßten, und unter den Neuern hat sich besonders Zimmern a. a. O. S. 155 fgg. dieser

Ansicht angeschlossen. Ich halte die erste Meinung für die allein richtige. Zwar meint Zimmern, daß dieselbe mit der oben angedeuteten Grundidee der Noralklagen in Widerspruch stehe, indem darnach die noxae deditio nicht blos als eine Art von Privilegium des Verklagten angesehen werden könne, sondern vollkommen in der Natur dieser Klagen begründet sei, so daß man viel eher sagen könne, der klägerische Anspruch sei blos auf noxae deditio zu richten, und die *litis aestimatio* sei vielmehr nur *in solutione*, vgl. Zimmern S. 38. 156. Aber dies ist gewiß irrig. Wenn kulposer Weise eine Beschädigung zugefügt worden ist, so ist immer der natürlichste Anspruch des Beschädigten der, daß ihm dieser Schaden ersetzt werde, und dieser Anspruch ist es denn also auch, welchen der durch die Kulpa eines Thiers Beschädigte gegen den Eigenthümer, als den Vertreter des Delinquenten, zunächst geltend macht. Aber eben, weil der Eigenthümer blos als Vertreter des eigentlichen Delinquenten, nicht wegen eigner culpa in Anspruch genommen wird, ist es billig und recht, daß ihm die Befugniß eingeräumt wird, durch Preisgeben seines Thiers, dem an sich nur auf Entschädigung gerichteten Antrage des Klägers auszuweichen; jedoch erscheint dies immer nur als eine ihm zustehende Befugniß, und immer ist also die noxae deditio nur in solutione, aber nicht in obligatione. Diese m. E. sehr natürliche und mit dem Wesen der Noralklagen vollkommen vereinbare Ansicht wird denn auch auf das Entschiedenste durch unsre Quellen bestätigt. So heißt es gleich im pr. J. h. t.

„quae animalia, si noxae dedantur, *proficiunt reo ad liberationem*",

vgl. auch §. 2. J. de nox. act. (4, 8): „summa autem ratione permissum est, *noxae deditione defungi*", l. 1. pr. de noxal. act. (9, 4): „quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, *liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem*". Ganz entscheidend sind aber l. 20. §. 5. de H. P. (5, 3):

Ulp. „— — tamdiu quis habet *noxae dedendae facultatem*, quamdiu judicati conveniatur; post susceptum judicium *non potest noxae dedendo se liberare*";

und l. 6. §. 1. de re judic. (42, 1): „*facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit*" und später: „noxae deditio *in solutione est, quae e lege tribuitur*". Freilich muß aus dem klägerischen Antrage hervorgehen, ob er den Verklagten wegen dessen eigner Verschuldung, oder ob er ihn nur als Vertreter des eigentlichen Delinquenten angreift, und daraus erklären sich von selbst die, von Zimmern mit Unrecht für seine Meinung angeführten, öfter wiederkehrenden Ausdrücke: *detracta noxae deditione* oder *cum noxae*

deditione agere, vgl. l. 4. §. 3, l. 5. pr., l. 21, §. ult., l. 22. §. 4, l. 26. §. 5, l. 39. pr. de nox. act. (9, 4). Die Intentio war immer nur auf Schadensersatz gerichtet: „*propter eum* [scil. servum, s. filium s. quadrupedem] *dare oportere*", l. 42. §. 1. de noxal. act. (9, 4), cf. *Keller*, comm. ad l. 32 de peculio. Gott. 1822 p. 60 sqq., und eben so ging auch die eigentliche *condemnatio* und die daraus begründete Judikatsklage stets nur auf Schadensersatz, l. 6. §. 1. de re judic. (42, 1):

Ulp. „Decem aut noxae dedere condemnatus *judicati in decem tenetur*; facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus. At judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, *et ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur;* noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur";

vgl. auch l. 20. §. 5. de H. P. (5, 3). Allerdings aber wurde der judex angewiesen, bei der condemnatio zugleich auch ausdrücklich dem Verurtheilten das Recht der noxae deditio vorzubehalten, vgl. l. 1. pr. de his qui effud. (9, 3):

Ulp. „Praetor ait: — — — Si servus insciente domino fecisse dicetur, *in judicium adjiciam: aut noxam dedere*", l. 5. §. 6. eod.: „si servus insciente domino fecisse dicetur, *aut noxae dedi jubebo*", l. 42. pr. de furt. (47, 2): „*adjiciatur: ut noxae dederit*", und demgemäß lautete denn also die condemnatio: „*Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere*", §. 1. J. de officio judicis (4, 17), cf. l. 6 §. 1. de re judic. Vgl. jetzt auch Bachofen a. a. O., Müller cit. S. 261 fgg., Fuchs, Lit. Denunz. S. 46 (im prakt. Arch. II. S. 382).

---

3) Widerrechtliche Entziehung oder Vorenthaltung der possessio.

A) Von dem interdictum Unde vi und der actio spolii.

§. 690.

Dig. XLIII. 16. [15] de vi et de vi armata, Cod. 4. VIII. unde vi. — Unterholzner II. S. 112 fgg. — v. Savigny, Besitz §. 40. 43. und die dort Angeff., Geiger in der Gießer

Zeitschr. XIII. S. 239 fgg., *Keller*, Semestr. ad Tull. Ciceron. lib. II. p. 293 sqq., Bruns, Recht d. Besitzes S. 62 fgg., *Molitor* la possession etc. Gand. 1851. p. 140 sqq. — Ueber die Spolienklage s. v. Savigny a. a. O. §. 50. und die dort Genannten, Mittermaier, der gem. deutsche bürgerliche Proz. Beitr. IV. (2. Aufl. 1840) S. 301 fgg. S. 337 fgg., Geiger a. a. O. S. 270 fgg., Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. II. S. 96 fgg., Bruns a. a. O. S. 131 fgg. S. 174 fgg. S. 220 fgg. S. 257 fgg. S. 374 fgg. S. 390 fgg. S. 417 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Unde tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.* Vgl. Schmidt v. Ilmenau, in den krit. Jahrbb. Jahrg. VIII. (1844) S. 684 fgg.

2) *Ulp.* l. 1. §. 23. h. t.: Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est, quam qui possidet.

3) *Ulp.* l. 1. §. 3. h. t.: Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, utputa de fundo sive aedificio, ad alium autem non pertinet. — 4) *Ulp.* l. 1. §. 6. h. t.: Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit, potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo, vel in aedibus, unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere, non est ambigendum.

5) §. 6. J. de interd. (4, 15): Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit, nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi vel clam vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus [cf. §. 1. J. de vi bon. rapt. (4, 2)], si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur, si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur.

Anm. 1. Im älteren Rechte gab es für den Fall gewaltthätiger Dejektion zwei verschiedene Interdikte (Cic. pro Caec. c. 32: „ad duas dissimiles res *duo disjuncta interdicta sunt*“), eines, wenn ohne Waffen — bei Cicero einmal vis *quotidiana* genannt, pro Caec. c. 31. 32. —, und ein andres, wenn mit Waffen — vis *armata* — die Dejektion bewerkstelligt war. Die bedeutenden Verschiedenheiten derselben veranschaulichen sich am Beßten, wenn wir die verschiedenen Formeln einander gegenüberstellen. Für das erstere, das gewöhnliche interdictum de vi, lautete die Interdikts-Formel sehr wahrscheinlich so:

> „*Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem ejus in hoc anno vi dejecisti, qua de re agitur, cum Aulus Augerius possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas*“

vgl. lex Thoria cap. 7. (ed. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. X. S. 151 fgg.), Cic. pro Tull. c. 44. 45. pro Caec. c. 19. 30. 31. 32, Gai. IV. 154, *Keller* l. c. p. 293 sqq., Schmidt v. Ilmenau in d. krit. Jahrb. Jahrg. VIII. S. 680 fgg. — Für das interdictum de vi armata aber wurde die Formel gegeben:

> „*Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem ejus vi hominibus coactis armatisve dejecisti, qua de re agitur, eo restituas*“;

vgl. außer den vorher angeff. Stellen auch noch Cic. pro Caec. c. 8. 21. 22, ad Fam. XV. 16, Gai. IV. 155; *Keller* l. c. p. 324 sqq. Dabei treten uns folgende Verschiedenheiten entgegen:

1) Bei dem interdictum quotidianum wird in die formula die exceptio inserirt: *cum A. A. possideret, quod n. v. n. c. n. p. a te possideret*, während diese adjectio bei dem interd. de vi armata nicht vorkommen kann. v. Savigny leugnet freilich die hier angenommene Fassung dieser adjectio, und behauptet dagegen, es sei nur einfach die exceptio vitiosae possessionis inserirt worden, „*cum A. A. n. v. n. c. n. p. a te possideret*“; gewiß habe Cicero nur als Advokat die Worte *cum possideret* aus ihrem eigentlichen Zusammenhange herausgerissen, um dann daraus die für seinen Rechtsstreit wesentliche Folgerung zu ziehen, daß gerade nur hier, und nicht auch bei dem interd. de vi armata Besitz des dejectus erforderlich sei, v. Savigny a. a. O. S. 512 fgg. Aber abgesehen davon, daß dieses doch ein gar zu plumpes Kunststück Cicero's gewesen wäre, mit welchem durchzudringen er schwerlich hätte hoffen können: so wird auch gerade die obige Fassung ganz bestimmt besonders durch die lex Thoria l. c. und durch Cic. pro Tull. cit. bewiesen, vgl. Rudorff

in der gesch. Zeitschrift X. S. 63 fgg., *Keller* l. c. p. 301 sqq., Holtius, Abh. Nr. 3. Wenn wir nun hiernach auch gewiß gegen v. Savigny annehmen müssen, daß in der Formel das *possidere* und das *n. v. n. c. n. p. possidere* getrennt vorkommen, während beide Zusätze bei dem interdictum de vi armata fehlten: so kann ich mich doch, ungeachtet der scharfen Mahnung Keller's p. 339, nicht überzeugen, daß dabei wirklich die Absicht des Prätor gewesen sei, bei dem interd. de vi armata ganz von dem Besitz des Dejektus abzusehen; denn wie schwankend und unsicher dadurch die Anwendung dieses Interdikts hätte werden müssen, indem dasselbe doch unmöglich einem jeden Nichtbesitzer eingeräumt werden konnte und sollte, fällt von selbst in die Augen, und gerade aus den scharfsinnigen Ausführungen Keller's p. 376 sqq., durch welche er die Grenzen des interd. de vi armata zu fixiren versucht, springt uns recht deutlich jenes unsichere Schwanken entgegen. Viel wahrscheinlicher ist es mir daher, daß der Prätor durch die Formel des interd. quotidianum nicht zwei Exceptionen zu geben beabsichtigte — eine auf das possidere, und eine zweite auf das n. v. n. c. n. p. possidere gerichtet —, sondern ich finde in diesem doppelten Ausdruck nur eine etwas gedehnte und schleppende Form für die eine exceptio vitiosae possessionis („vorausgesetzt, daß der Kläger besessen, und zwar nec vi nec clam nec precario besessen hat"), und Keller selbst hat uns ja ein ganz ähnliches Beispiel in der alten Formulirung des interd. Uti possidetis an die Hand gegeben, vgl. Fest. s. v. Possessio mit l. 1. pr. uti possidetis (43, 17). Allerdings aber konnte dieser schleppende Ausdruck mit dem größten Scheine für die Behauptung benutzt werden, daß es nur bei dem interd. de vi quotidiana auf Besitz des Dejektus ankomme, und nicht auch bei dem interd. de vi armata, und daß er wirklich dazu benutzt worden ist, beweis't eben der Rechtsstreit des Cäcina, denn dieser besaß unzweifelhaft nicht (*Keller* l. c. p. 342 sqq.), gebrauchte aber dennoch das interd. de vi armata, und hat damit auch allem Anscheine nach gesiegt. Aber daß dies wirklich in der Absicht des edizirenden Prätor gelegen habe, wird damit keineswegs bewiesen, und in der späteren Zeit wenigstens verneinten dies die römischen Juristen ganz entschieden, indem sie schon aus dem Begriffe von *dejicere* ableiteten, daß auch bei dem interd. de vi armata nothwendig die Possessio des Dejektus vorausgesetzt werde (T. 2; vgl. auch Vat. fr. §. 91); und in dieser Beziehung also schlechthin kein Unterschied zwischen beiden Interdikten Statt finde.

2) Eine vom Prätor wirklich beabsichtigte Verschiedenheit lag aber darin, daß zwar allerdings bei dem interd. de vi quotidiana, aber nicht auch bei dem interd. de vi armata die exceptio vitiosae

possessionis dem Kläger entgegengesetzt werden durfte, s. die oben zitirten Stellen, und diese Verschiedenheit war auch noch zur Zeit der klassischen Juristen vollkommen begründet, *Gai.* IV. 154. 155, *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 7, wie sich denn davon auch noch sehr deutliche Spuren in den Pandekten vorfinden, l. 1. §. 30, l. 14, l. 17, l. 18. pr. h. t., v. Savigny a. a. O. S. 544, Geiger a. a. O. S. 266 fgg. Im späteren Rechte wurde die strengere Behandlung des interd. de vi armata auch auf das interd. quotidianum übertragen, und auch bei diesem jene exceptio nicht mehr zugelassen; ob dies schon vor Justinian geschah — etwa in Folge des Valentinianischen Gesetzes über die Selbsthilfe in l. 7. C. h. t., wie namentlich v. Savigny S. 542 vermuthet —, oder erst durch Justinian, vgl. T. 6, ist zweifelhaft, aber jedenfalls unverständig ist die doch auch schon aufgestellte Behauptung, daß im §. 6. J. cit. aus bloser Unkunde des früheren Rechts die exceptio ausgeschlossen worden sei.

3) Eine weitere Verschiedenheit zwischen beiden Interdikten lag auch noch darin, daß das interd. quotidianum der Regel nach nur innerhalb eines Jahrs gebraucht werden konnte, während diese Zeitbeschränkung bei dem interd. de vi armata wegfiel, Cic. ad Famil. XV. 16. Im Justinianischen Rechte ist auch diese Verschiedenheit verwischt, und allgemein, bei der vis armata nicht weniger, wie bei der vis quotidiana, die Verjährungszeit von einem Jahre angenommen, obwohl doch das Interdikt auch noch nach dieser Zeit gebraucht werden darf, wenn und so weit der Dejizient durch die Dejektion reicher geworden ist, l. 1. pr. §. 39, l. 3. §. 1. h. t., l. 2. C. h. t., vgl. l. 7. §. 5. comm. divid. (10, 3). —

Wir haben gesehen, daß die früherhin allerdings vorhandenen wesentlichen Verschiedenheiten zwischen dem interd. de vi quotid. und de vi armata im späteren Rechte sämmtlich weggefallen sind. Im Justinianischen Rechte gibt es also nur noch ein interd. Unde vi, und nur die Rubrik des Pandekten-Titels erinnert noch an die frühere Duplizität. Doch wird auch noch im Justinianischen Rechte der Unterschied zwischen der vis armata und quotidiana angeführt, daß im Falle der erstren das Interdikt selbst auch gegen Patrone und Aeltern gebraucht werden darf, während im Falle einer blosen vis quotidiana gegen solche Respektspersonen Statt des Interdikts eine actio in factum gebraucht werden muß, l. 1. §. 43. h. t., vgl. l. 2. §. 1, l. 7. §. 2. de obsequ. parent. (37, 15).

Anm. 2. Daß im früheren Rechte das interd. Undi vi auf Immobilien beschränkt war, leidet auch nicht den mindesten Zweifel, l. 1. §. 3—8, l. 3. §. 15. h. t., *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 5. v. Savigny a. a. O. S. 527 fgg. behauptet aber, daß dieses durch die bekannte Verordnung Valentinian's über die Selbsthilfe, nämlich durch

l. 7. C. h. t. geändert, und seitdem das Interdikt auch auf Mobilien anwendbar geworden sei. Die l. 7. C. cit. lautet so:

Impp. *Valentinian. Theodos.* et *Arcad.* „Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur",

vgl. l. 3. C. Theod. unde vi (4, 22), §. 1. J. de vi bon. rapt. (4, 2), §. 6. J. de interd. (T. 5). Wie der Augenschein lehrt, ist aber hier, ohne irgend eine besondre Hervorhebung der beweglichen Sachen, nur ganz im Allgemeinen gesagt, daß derjenige, welcher sich durch gewaltsame Selbsthilfe in den Besitz einer Sache setze, nicht nur den Besitz restituiren, sondern auch überdies sein Eigenthum verlieren, oder, wenn er gar nicht Eigenthümer sei, den Werth der gewaltsam an sich gebrachten Sache bezahlen solle. Durch welche Klage die hier vorgeschriebene Restitution bewerkstelligt werden solle, ist hier auch nicht mit einem Worte angedeutet worden, und erwägt man nun, daß nicht nur in den Pandekten mehrfach die Beschränkung des interd. Unde vi auf Immobilien sehr bestimmt als geltendes Recht angeführt wird, vgl. die vorher zitirten Stellen, sondern daß dies auch noch in den Institutionen geschieht, und zwar in einer Stelle, wo zugleich auch der Inhalt der Valentinianischen Verordnung angeführt wird, ohne daß hier auch nur entfernt die angeblich dadurch bewirkte Ausdehnung des Interdikts auf Mobilien berührt würde, vgl. T. 5: so muß jene Meinung gewiß als unhaltbar verworfen werden, und mit größtem Rechte nehmen denn auch noch h. z. T. die weit Meisten, ungeachtet des Widerspruchs von Savigny, an, daß auch noch im Justinianischen Rechte das interd. Unde vi nur bei Immobilien Platz greife, vgl. z. B. Thibaut im ziv. Arch. I. S. 105 fgg., *Fritz* resp. ad quaest.: quam actionem l. 7. C. unde vi — — ad rem recuperandam concedat. Frib. 1828, Linde in der Gießer Zeitschr. I. S. 418 fgg., Unterholzner II. S. 115, Mühlenbruch §. 240, Puchta §. 135, Bruns a. a. O. S. 74 fgg. u. A. m. Das eigentlich Neue in der Valentinianischen Verordnung ist auch offenbar gar nicht das, daß die gewaltsam an sich gerissene Sache wieder verloren und resp. die rei aestimatio geleistet werden soll; und da nun jener Rechtssatz selbst nicht neu ist, so lag auch gar keine Nothwendigkeit vor, ein neues Rechtsmittel hier einzuführen. M. E. sind daher auch noch nach dem Valentinianischen Gesetze zum Zweck der

Wiedererlangung des Besitzes ganz dieselben Klagen anzuwenden, welche vor diesem Gesetze hätten gebraucht werden müssen; und wie ich demgemäß der Meinung Savigny's nicht beitreten kann, daß durch Valentinian das interd. *Unde vi* eine erweiterte Anwendung erhalten habe, ebenso halte ich es auch für völlig irrig, daß die Klage, wodurch die Restitution des gewaltsam entzogenen Besitzes verlangt werde, in Gemäßheit jenes Gesetzes stets eine ganz eigenthümlich qualifizirte *rei vindicatio* sei, wie z. B. Fritz in dem angef. Programme p. 7 sqq. auszuführen sucht, oder eine besonders geeigenschaftete *actio vi bonor. raptorum*, wie z. B. Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 394 fgg. vermuthet, oder eine neue *cognitio extraordinaria*, wie z. B. v. Schröter in den Erlanger Jahrb. XI. S. 119. meint; sondern, wie gesagt, es muß in jedem einzelnen Falle diejenige Klage gebraucht werden, welche ganz abgesehen von dem Valentinianischen Gesetze als begründet erscheint, und wie also bei Immobilien das interd. Unde vi anwendbar geblieben ist, so ist bei Mobilien nach Verschiedenheit der Fälle eine condictio furtiva, oder eine actio vi bonor. raptorum, oder eine actio ad exhibendum (vgl. T. 4), oder auch eine rei vindicatio oder eine actio Publiciana anwendbar; und eben so kann auch meiner Ueberzeugung nach selbst noch im Justinianischen Rechte das interd. *Utrubi* mit Erfolg gebraucht werden, obwohl hier freilich die Meisten a. M. sind, vgl. aber oben Bd. I. §. 336. Anm. bes. S. 769 fgg., u. s. jetzt auch Puchta §. 135. Not. a. —

Anm. 3. Ueber einige, das interd. Unde vi betreffende Punkte ist schon an andren Stellen des Lehrb. die Rede gewesen, wie namentlich über die Frage, ob auch der Natural-Besitzer zur Anstellung desselben berechtigt sei? vgl. Bd. I. S. 403 fgg., ob und wann auch derjenige es gebrauchen könne, welcher aus Furcht vor Entsetzung seinen Besitz aufgegeben hat? vgl. Bd. I. S. 431 fgg.; und über das s. g. *juramentum Zenonianum* vgl. Bd. I. S. 303 fgg.

B. Von dem interdictum de precario. §. 691.

Dig. XLIII. 26. [25] de precario, Cod. VIII. 9. de precario et Salviano interdicto. — Unterholzner II. S. 119, S. 561 fgg., Koch III. S. 366 fgg., *Stockmann* de precario. Lips. 1774, *Vogel*, de precario. Gött. 1786. (auch in's Deutsche übersetzt in Barth's Dissertt. Samml. Bd. III. S. 190 fgg.), *Bickell*, de precario. Marb. 1820, Degener, über den Begriff

des Prekar. Leipzig 1831, Kritz, über das precarium; in der Samml. von Rechtsfällen Bd. I. Nr. 14, Ders., Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 429 fgg., G. E. Schmidt, das commodat. und precar. Leipzig 1841. (vgl. darüber Schmidt v. Ilmenau in den krit. Jahrbb. Jahrg. VII. 1843. S. 769 fgg.), Bulling, das Prekarium. Leipzig 1846. — Vgl. auch v. Savigny, R. d. Besitzes §. 42. S. 555 fgg., Schmitthenner, über Verträge S. 62 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen Bd. I. S. 59 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. §. 1. Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit. §. 2. Et distat a donatione eo, quod, qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, quum sibi libuerit precarium solvere. §. 3. Et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

2) *Ulp.* l. 2. pr. h. t.: Ait Praetor: ***Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.***

3) *Paul.* l. 14. h. t.: Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.

Anm. Zur schärferen Charakterisirung des Wesens von precarium mögen folgende Sätze dienen.

I. Viele Aeltere (vgl. die Literatur bei Schmidt S. 15. Not. 13. und bei Bulling S. 22. Not. 8.) und unter den Neueren bes. Schmidt a. a. O. halten es für wesentlich zum Begriff vom Prekarium, daß die Gebrauchs-Ueberlassung auf wirklich vorausgegangenes Bitten erfolgt sei, und berufen sich dafür theils auf den Namen, theils auf die Aussprüche Ulpian's in l. 1. pr. h. t. („precibus petenti") und in l. 2. §. 3. h. t.:

„Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est *ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit*".

Nach innern Gründen für eine solche formale Auffassung sucht man

aber vergeblich, und da der Name sowohl, als jene gesetzlichen Aussprüche sich auch genügend aus dem erklären, was gewöhnlich vorzukommen pflegt, und damit gewiß nur in prägnanter Weise der Charakter des precarium als eines genus *liberalitatis* ausgedrückt werden soll, so dürfte schon deßhalb die umgekehrte Ansicht den Vorzug verdienen. Dieselbe wird aber überdies geradezu von *Paulus* rec. sent. V. 6. §. 11. ausgesprochen:

> „Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, *qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet*",

und sie liegt auch offensichtlich mehreren Pandekten-Stellen zu Grunde, vgl. l. 4. §. 4, l. 8. §. 2. h. t. Da zufällig in diesen letztren Stellen von der Fortsetzung, oder richtiger von der neuen Errichtung eines früheren Prekarium die Rede ist, so wollen freilich *Cujac.*, Not. ad Paul. cit., und Schmidt a. a. O. den ganz generellen Ausspruch von Paulus auf diesen besondren Fall beschränken, aber die Willkürlichkeit dieser Auslegung fällt einem Jeden in's Auge.

II. Charakteristisch für das Prekarium — namentlich im Gegensatz zu dem sonst nahe damit verwandten Kommodatum — ist es, daß der Geber sich durch die Hingabe schlechthin nicht zu obligiren beabsichtigt, und auch wirklich nicht obligirt, l. 14. h. t. (T. 3), vgl. l. 1. §. 1. (T. 1) und l. 8. §. 3. h. t.: „quum *totum* hoc ex *liberalitate* descendat ejus, qui precario concessit", während das Kommodat zwar allerdings seinen Motiven nach ebenfalls als ein Akt der Liberalität erscheint, durch die wirkliche Abschließung aber ein auch den Kommodanten obligirendes negotium kontrahirt wird, l. 17. §. 3. commod. (13, 6), vgl. oben §. 629. Nr. 3. Daß der precario dans schlechthin gar nicht obligirt wird, zeigt sich aber theils darin wirksam, daß hier nicht wie bei dem Kommodate von einer actio contraria, etwa wegen gemachter Impensen, die Rede sein kann, theils und vorzüglich darin, daß derselbe stets, sobald es ihm gefällt, das Gegebene zurückfordern darf, l. 1. pr. §. 2, l. 2. §. 2, l. 15. pr. h. t., während bekanntlich bei dem Kommodate die Rückforderung erst dann zuläßig ist, wenn der durch die Gebrauchs-Ueberlassung beabsichtigte Zweck erreicht worden ist. Jenes freiwillkürliche Rückforderungs-Recht gehört so sehr zu dem Wesen des Prekarium, daß selbst ein Vertrag, wodurch die Dauer des Prekarium auf eine bestimmte Zeit gesetzt ist, den Geber nicht bindet, l. 12. pr. h. t.:

> *Cels.* „Quum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est,

ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat“.
Doch ist allerdings nach einer andren Seite hin ein solcher Vertrag nicht ohne alle Wirksamkeit; nach Ablauf der bestimmten Zeit hört nämlich das bisherige Prekarium von selbst auf, und wenn dennoch der Empfänger in dem Besitze gelassen wird, so ist dieses jetzt ein neues Prekarium, nicht eine Fortsetzung des alten, l. 4. §. ult., l. 5. h. t., eine Unterscheidung, die namentlich auch in Betreff des Anfangs der Verjährungszeit nicht ohne Bedeutung ist, vgl. unten III. 2. Wäre inzwischen der rogatus wahnsinnig geworden oder verstorben, so fällt natürlich die Erneuerung des Prekarium von selbst hinweg, l. 6. pr. h. t. vgl. mit l. 14. locat. (19, 2), Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 774, Bulling a. a. O. S. 14 fgg.

III. Wie durch das Prekarium der Geber schlechthin nicht obligirt wird, so ist nach der ursprünglichen Idee dieses Verhältnisses auch von einer *obligatio* des Empfängers durchaus keine Rede, vgl. l. 14. h. t. (T. 3): „quia nulla eo nomine juris civilis actio esset“, l. 14. §. 11. de furt. (47, 2): „non est contra eum civilis actio“, und von dieser Seite aufgefaßt erscheint sein Verhältniß viel freier und unbeschränkter als das eines Kommodatars. Die nächste, auch aus innern Gründen nicht unverständige Analogie bietet vielmehr das Verhältniß eines *bonae fidei possessor*. Wie wenn die fremde Sache ex justa causa in seine Hände gekommen wäre, eben so hat der Empfänger eines Prekarium den juristischen Besitz der Sache, vgl. oben Bd. 1. S. 408; eben so ist er zu keinerlei *diligentia* verpflichtet, l. 8. §. 3. 6. h. t., und eben so endlich ist er auch nicht obligatorisch zur Rückgabe der Sache verbunden, sondern sein Besitz muß nur dem Eigenthumsrechte des Andren weichen. Daß bei diesem völligen Mangel alles besondren Rechtsschutzes für den Geber, das Prekarium verhältnißmäßig nur selten vorkommen konnte, leuchtet von selbst ein, und so wurde es wohl, abgesehen von dem Falle, wenn der Geber dem Empfänger unbedingtes Vertrauen schenkte, und deßhalb um rechtliche Garantieen unbekümmert war, hauptsächlich nur dann angewendet, wenn der Geber in der Erwartung stand, daß es wohl niemals zu einer Rückforderung kommen werde, sei es weil der Geber halb und halb die Sache wegzuschenken gedachte, oder sei es, weil der Empfänger einen eventuellen Rechtsanspruch an die Sache hatte, wie z. B. wenn der creditor fiduciarius oder später der creditor pignoratitius dem Schuldner precario die verpfändete Sache zurückgab, *Gai.* II. 60, l. 6. §. 4, l. 11. h. t., l. 15. §. 2. qui satisd. cog. (2, 8), l. 22. §. 3, l. 29. de pign. act. (13, 7), l. 36. de acquir. v. am. poss. (41, 2), l. 33. §. 6. de usurp. (41, 3), l. 16. de O. et A. (44, 7),

oder wenn der Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes dem Käufer precario die verkaufte Sache überließ, l. 20. h. t., l. 13. §. 21. de act. emt. (19, 1), l. 11. §. 12. quod vi aut clam (43, 24). — Im spätren Rechte treten aber zu der Vindikation, die bis dahin das einzige Rechtsmittel des precario dans gewesen war, noch andre vortheilhaftere Rechtsmittel hinzu und mit der dadurch bewirkten größeren Sicherstellung des rogatus gewann natürlich auch das Prekarium eine umfassendere Anwendung. So kommt hier

1) schon die Einführung der interdicta *retinendae possessionis* in Betracht. Nach dem bekannten, hierbei geltenden Prinzip, daß derjenige unterliegt, welcher seinem Gegner gegenüber vi, clam oder *precario* besitzt, versteht es sich nämlich von selbst, daß der Geber eines Prekarium sich wirksam des interd. Uti possidetis oder Utrubi bedienen konnte. Aber freilich setzten diese Klagen doch immer voraus, daß der Empfänger des Prekarium noch wirklich im Besitze war, und hatte dieser also etwa die Sache veräußert oder vernichtet, so konnte davon keine Rede sein, und ebenso waren dieselben bekanntlich auf die kurze Frist von einem Jahre beschränkt, was allerdings dem Wesen des meistens auf längere Zeit berechneten Prekarium nicht wohl zusagen konnte, vgl. auch Puchta, Kursus der Instit. Bd. II. §. 225 geg. E., Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 776.

2) Um diesen beiden, eben angedeuteten Uebelständen abzuhelfen, wurde das interd. recuperandae possessionis *de precario* eingeführt, vgl. T. 2, und dadurch konnte nicht nur der Geber zu jeder Zeit durch den blosen Beweis des Prekarium sich wieder zu seiner Sache hinziehen, l. 8. §. 7. h. t.

> *Ulp.* „Interdictum hoc et post annum competere, Labeo scribit, eoque jure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum“,

sondern auch, wenn die Sache nicht mehr in den Händen des Empfängers war, konnte vermittelst dieser Klage volle Entschädigung begehrt werden, l. 2. pr. h. t. („aut dolo malo fecisti, ut desineres habere“), l. 8. §. 3. eod. Durch die Einführung dieser Klage ist aber das Prinzip, daß der Empfänger eines Prekarium mit dem Geber schlechthin in keinem Obligations-Nexus stehe, auch nicht im Entferntesten alterirt worden, und es würde ein entschiedener Irrthum sein, in dem interd. de precario eine Art von Vertragsklage erblicken zu wollen. Das einzige Klagfundament ist vielmehr hier, nicht anders wie bei dem interd. Unde vi, die *vitiosa s. injusta possessio* des Verklagten. Gewiß aber darf man diese injusta possessio nicht mit den meisten älteren und neuern Juristen, denen namentlich auch v. Savigny S. 557 fgg. Not. 2. folgt, erst von dem Augenblicke

an datiren, wenn der Empfänger die Rückgabe der Sache verweigert, sondern der Empfänger eines Prekarium, obwohl er einem jeden Dritten gegenüber entschieden eine justa possessio hat, hat gleich von Anfang an dem Geber des Prekarium gegenüber eine injusta possessio, so daß ihm nicht nur gleich von Anfang an jeder Schutz im Besitze dem precario dans gegenüber versagt wird, sondern auch diesem gleich von Anfang an das interd. de precario zusteht, vgl. bes. *Cuper*, de nat. poss. P. II. c. 7. (ed. Thibaut p. 102 sqq.), Albert, über das interd. uti possidet. S. 72 fgg., und s. auch Bulling a. a. O. S. 35 fgg. Daß dieses wirklich der Gedanke der römischen Juristen war, geht namentlich auch mit Entschiedenheit aus der vorher abgedruckten l. 8. §. 7. h. t. hervor, und deßhalb muß denn auch unzweifelhaft die allgemeine Theodosische Extinktiv-Verjährung nicht erst mit dem Augenblick der geschehenen Rückforderung zu laufen beginnen, wie die Meisten mit v. Savigny Besitz S. 562. und Syst. Bd. V. S. 291. Not. f. annehmen, sondern vielmehr schon mit dem Augenblick der Konzession des Prekarium; s. auch Bd. I. S. 257.

3) So wenig aber durch die Einführung des interd. de precario das Prekarium zu einem obligatorischen Verhältniß geworden ist, so ist doch allerdings dem späteren römischen Rechte dieser Gesichtspunkt nicht fremd geblieben. Es wurde nämlich dem rogatus gegen den rogans nach ganz entschiedenen Quellen-Zeugnissen späterhin auch eine *actio praescriptis verbis* eingeräumt, l. 2. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* „Et naturalem habet in se aequitatem [interd. de precario], namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, *sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*“;

l. 19. §. 2. h. t.:

> *Julian.* „Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, *sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*“. (Die meisten Neueren nehmen, gewiß mit Recht, an, daß Statt: incerti *condictione* mit mehreren Handschriften und alten Ausgaben, vgl. v. Savigny, Syst. V. S. 98. Not. o, gelesen werden müsse: incerti *actione;* vgl. auch l. 7. §. 2. de pact. (2, 14): „civilem *incerti actionem, id est praescriptis verbis*“; s. z. B. außer Savigny a. a. O. auch Hasse im Rhein. Mus. VI. S. 83 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschr. XI. S. 294, Elvers in sein. Themis, neue Folge Bd. I. S. 353 fgg., Schmidt a. a. O. S. 115 fgg.

Not. 112. Doch sind Manche wirklich der Meinung, daß dem rogatus auch eine incerti *condictio* zustehe, und wollen demgemäß daß „id est praescriptis verbis" entweder ganz streichen, wie z. B. Bulling a. a. O. S. 66, oder es doch für einen Tribonianismus erklären, wie z. B. Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 165. geg. E. Not. eee. oder auch statt „id est" lesen „*et*", wie z. B. Unterholzner II. S. 566. Not. c.)

Vgl. auch *Paul.* rec. sent. v. 6. §. 10:

„Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precario habet, restituat; *nam et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit*, eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet".

Durch die Einräumung dieser Klage ist aber anerkannt, daß der rogans, auch abgesehen von seiner vitiosa possessio, schon vertragsmäßig zur Rückgabe der precario empfangenen Sache verpflichtet sei, vgl. auch l. 23. de R. J.:

Ulp. „*Contractus* quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et *precarium* — — —",

und in der That ist auch nicht wohl in Abrede zu stellen, daß dieses ein der Natur des Verhältnisses ganz entsprechender Gesichtspunkt ist, vgl. auch l. 1. §. 2. h. t. „qui precario concedit, sic dat, *quasi tunc recepturus*" etc. Seitdem hat nun also der Rogatus die Wahl, ob er die Vertragsklage, die *actio praescriptis verbis* anstellen, oder ob er das *interd. de precario* aus der vitiosa possessio des Rogans gebrauchen will. Daß aber durch die Einführung der actio praescriptis verbis auch materielle Veränderungen in dem Rechtsverhältniß des rogans eingetreten wären, läßt sich nicht erweisen, und namentlich ist die Behauptung, daß jetzt der Empfänger des precarium auch zu eigentlicher diligentia verpflichtet, und wegen omnis culpa verantwortlich sei, gewiß irrig, indem uns nicht nur nirgends eine solche Aenderung in den Quellen angedeutet, sondern umgekehrt in der vorher abgedruckten l. 23. de R. J. die Haftung des rogans blos wegen dolus bestimmt anerkannt wird, obwohl gerade in dieser Stelle von dem Gesichtspunkt eines Kontrakts ausgegangen wird. Höchstens kann man der Einführung der actio praescriptis verbis einen Einfluß auf die Haftpflicht der Erben des rogans zugestehen, s. unten Nr. V. 1.

IV. Es liegt ganz in der Natur der Sache, daß nicht blos körperliche Sachen — einerlei, ob bewegliche oder unbewegliche, l. 14. pr. h. t. —, sondern auch unkörperliche, namentlich Servituten, den Gegenstand eines Prekarium ausmachen können, l. 15. §. 2. h. t.:

Pompon. „Precario habere etiam ea, *quae in jure consistunt*, possumus, ut immissa vel protecta",

d. h. der Eigenthümer kann Jemanden precario solche Befugnisse einräumen, welche den materiellen Inhalt einer Servitut bilden, „veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas", l. 3. h. t. Ist dieses nun aber geschehen, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Rogans dadurch kein wirkliches Servitutenrecht enthält — eben so wenig, wie durch die prekäre Hingabe einer körperlichen Sache Eigenthum auf den Empfänger übergeht —, und es ist also begreiflich ein sehr bedeutender Unterschied, ob ich Jemanden eine Servitut mit der Nebenbestimmung „quamdiu volam" konstituire, l. 4. pr. de servit. (8, 1), oder ob ich Jemanden eine derartige Befugniß precario einräume; vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 117 fgg., Bulling a. a. O. S. 9 fgg. In dem letztern Falle entsteht vielmehr — gerade so wie bei der prekären Hingabe einer körperlichen Sache für den Empfänger nur die *corporis possessio* begründet wird — blos eine *juris possessio*, l. 2. §. 3. h. t.:

Ulp „Habere precario videtur, qui possessionem vel córporis *vel juris* adeptus est ex hac solummoda causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere *aut uti* liceat". (Daß das *uti* in den Schlußworten auf die *juris* possessio geht, das vorhergehende *possidere* aber auf die *corporis* possessio, kann doch nicht wohl bezweifelt werden, und damit fällt von selbst zusammen, was Schmidt a. a. O. S. 19 fgg. Not. über dieses ihm bedenklich scheinende „possidere *aut* uti" vorbringt),

und zwar eine juris possessio, die natürlich ebenfalls dem Konzedenten gegenüber von Anfang an injusta ist, so daß auch darauf unbedenklich das generell gefaßte interd. de precario („*Quod* precario ab illo habes — —, *id* restituas") anwendbar ist. — Daß auch der Servitutberechtigte selbst die Ausübung seiner Servitut dann, wenn dieselbe ihrer Natur nach eine Uebertragung zuläßt, precario an einen Andren überlassen kann, bedarf wohl keiner besondren Hervorhebung, und so versteht es sich, daß namentlich dem Usufruktuar eine solche Befugniß unbedenklich zusteht, l. 12. §. 2. de usufr. (7, 1).

V. Bei der Frage, welchen Einfluß der Tod des einen oder andren Interessenten auf unser Verhältniß äußere, müssen der Einfluß auf die Klage, und der Einfluß auf das Prekarium selbst von einander unterschieden werden.

1) Was die Klage anlangt, so versteht es sich ganz von selbst, daß das *interd. de precario* unbedenklich auf die Erben des

rogatus übergeht, während allgemeinen Grundsätzen über die Deliktsklagen gemäß, dasselbe gegen die Erben des rogans nur insoweit angestellt werden kann, als sie noch reicher sind, l. 8. §. ult. h. t.

„— — ex dolo autem defuncti hactenus, *quatenus ad eum pervenit*".

In dieser Beziehung muß aber gewiß die *actio praescriptis verbis* andern Grundsätzen folgen, denn es ist kein Grund ersichtlich, weßhalb eine Kontraktsklage nicht in solidum gegen die Erben angestellt werden dürfte.

2) Was aber den Einfluß des Todes auf das Prekarium selbst betrifft, so ist hier zunächst soviel gewiß, daß der Tod des *precario dans* das Prekarium nicht aufhebt, l. 8. §. 1. h. t.:

Ulp. „Quod a Titio precario quis rogavit, *id etiam ab herede ejus precario habere videtur*, et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque jure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adjicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere",

l. 12. §. 1. h. t., eine Regel, die jedoch dann eine Ausnahme leidet, wenn dem Prekarium ausdrücklich die Bedingung „quamdiu volam" zugefügt worden wäre, l. 4. locati (19, 2):

Pompon. „Locatio precariive rogatio ita facta, *quoad is qui eam locasset dedissetve, vellet*, morte ejus, qui locavit, tollitur".

Ganz anders aber verhält es sich, wenn der Empfänger des Prekarium stirbt, denn dadurch erlöscht dasselbe stets, wenn es nicht etwa ausdrücklich auch auf die Erben gestellt ist, l. 12. §. 1. h. t.:

Cels. „Precario rogatio et ad heredem ejus, qui concessit, transit, *ad heredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit*, quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est",

und es kann demnach nur von der Entstehung eines neuen Prekarium für die Erben die Rede sein. Dazu gehört aber natürlich, daß die Erben von dem Dasein dieses Prekarium Kunde haben, l. 11. de divers. temp. praescr. (44, 3):

Papinian. „— — quamvis precarium *heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur* — —"

und außerdem gehört natürlich dazu, daß auch der Eigenthümer, wenigstens stillschweigend, seinen Willen, die Sache precario bei den Erben zu lassen, erklärt habe. Das Letztre ist aber begreiflich nicht möglich, wenn derselbe von dem Tode des rogans noch gar nichts erfahren hat, und in diesem Falle besitzen also die Erben nicht precario, sondern vielmehr clam; und dieses ist wohl der

ursprüngliche Gedanke einer nur unvollständig und verderbt auf uns gekommenen Stelle in *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 12:

> „Heres ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est *clam videri possidere*, nullae enim preces ejus videntur adhibitae; et ideo persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est“.

Nur dann, wenn diese beiden Voraussetzungen zusammentreffen, und also ein neues Prekarium in der Person der Erben angenommen werden kann, darf das interd. de precario aus ihrer eigenen Person gegen sie angestellt werden, und in diesem Falle haften sie natürlich ganz eben so wie der ursprüngliche Empfänger, l. 8. §. ult. h. t.:

> *Ulp.* „Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut sive habet, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit“,

d. h. „wenn auch in der Person des Erben ein Prekarium angenommen werden darf, so haftet dieser natürlich in demselben Umfang, wie der ursprüngliche rogans; aber wegen des Dolus seines Erblassers haftet er auch in diesem Falle doch nur bis zum Belaufe der Bereicherung“. Wollte man, wie es freilich allgemein zu geschehen pflegt, in diesem Ulpianischen Ausspruch den Satz finden, daß gegen die Erben immer ohne Weiteres das interd. de precario aus ihrer eigenen Person angestellt werden könne, so würde darin nicht nur offensichtlich ein Verstoß gegen alle Rechtskonsequenz liegen, sondern auch ohne alle Noth eine unauflösliche Antinomie mit andren bestimmten Quellen-Aussprüchen, l. 12. §. 1. h. t., l. 11. de divers. temp. praescr., geschaffen werden. Ist es denn aber etwas so Gewagtes, bei Ulpian eine Bedingung zu subintelligiren, die sich im Grunde schon ganz von selbst versteht, und die überdies nach andren bestimmten Gesetzen sich als nothwendig herausstellt?

VI. Die bisherigen Erörterungen haben zu so wesentlichen Verschiedenheiten zwischen dem Prekarium und dem Kommodatum geführt, — ganz freies Rückforderungsrecht zu jeder Zeit, keine actio contraria, regelmäßiger Uebergang der juristischen possessio, Haftung blos wegen dolus und culpa lata —, daß eine neue Theorie, wornach schon nach neuerem römischen Rechte fast gar keine Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen vorkämen, und im heutigen Rechte der ganze Titel de precario entschieden ganz unpraktisch wäre, vgl. Kritz in den beiden angeff. Schriften, einer besondren Widerlegung nicht bedürftig erscheint. In einer Beziehung muß man aber gewiß dem Vertheidiger dieser neuen Theorie beistimmen. Man behauptet nämlich gewöhnlich, es unterschieden sich das Kommodatum

und Prekarium wesentlich und charakteristisch dadurch von einander, daß bei dem ersteren immer ein bestimmter Gebrauch ausdrücklich angegeben werden müsse, während sich dies bei dem Prekarium anders verhalte. Gegen diese Behauptung ist nun Kritz a. d. aa. O., und zwar bes. in den Rechtsf. S. 189 fgg. mit Entschiedenheit aufgetreten, und wie ich glaube mit größtem Rechte, obwohl jetzt wieder Schmidt a. a. O. S. 157 fgg. sich mit Eifer jener herrschenden Lehre angenommen hat. In der That ist mir aber kein Gesetz bekannt, wodurch es zu einem wesentlichen Merkmal des Kommodatum gestempelt wäre, daß man Zweck der Hingabe und Art des Gebrauchs ausdrücklich angeben müsse, und namentlich enthalten die von Schmidt besonders dafür angeführten Stellen, l. 5. §. 7 und §. 8. commodati (13, 6) einen solchen Grundsatz nicht, sondern ihr einfacher Sinn ist nur, daß dann, wenn bei dem Kommodate spezielle Bestimmungen über die Art und Weise des Gebrauchs gemacht seien, der Kommodatar sich durch Nichtachtung dieser Beschränkungen verantwortlich mache; und höchstens läßt sich daraus ableiten, daß die Zufügung solcher Beschränkungen bei den Römern sehr gewöhnlich war. Da aber kein Gesetz dagegen ist, und auch die Natur der Sache nicht im Mindesten widerstreitet, so muß man m. E. unbedenklich annehmen, daß ein wahres Kommodat auch ohne alle spezielle Erklärung über die Modalität des Gebrauchs abgeschlossen werden kann, in welchem Falle dann, in Gemäßheit der hier normirenden bona fides, dem Kommodatar derjenige Gebrauch gestattet ist, welcher den vermuthlichen Willen des Kommodanten für sich hat, und zwar ist diese Annahme um so unbedenklicher, da sogar dann, wenn besondere Bestimmungen über Zweck und Gebrauchsart gemacht sind, der Kommodatar darüber hinausgehen darf, wenn er Grund zu glauben hat, daß der Kommodant nichts dagegen einwenden würde, l. 76. pr. de furt. (47, 2), §. 7. J. de obl. quae ex del. (4, 1). Wie nun hiernach gewiß ein wahres Kommodat ohne alle ausdrückliche Zweckbestimmung abgeschlossen werden kann, so steht auf der andren Seite auch nichts im Wege, bei der Konzession eines Prekarium die Art des Gebrauchs ausdrücklich zu bestimmen: denn nirgends ist eine solche Beschränkung verboten oder für unwirksam erklärt worden, und nirgends ist gesagt, daß dadurch, wie Schmidt meint, das Prekarium in ein Kommodatum übergehe. Das einzig Wesentliche — wir müssen es wiederholen — ist vielmehr, ob der Konzedent schlechthin blos den Empfänger verpflichten will, dann ist ein Prekarium mit allen seinen Eigenheiten vorhanden, oder ob er ein negotium kontrahiren, und also auch sich selbst obligiren will, und dann ist ein Kommodatum abgeschlossen, und die

hierüber geltenden Grundsätze müssen zur Anwendung kommen. Vgl. auch Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 786 fgg.

---

4) Widerrechtliche Anwendung von Zwang (actio quod metus causa). §. 692.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit, Cod. II. 20. [19] de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Glück V. S. 468 fgg., Unterholzner II. S. 81 fgg., Koch III. S. 1001, Kritz, Rechtsfälle Bd. V. Nr. 1. („Feststellung des Begriffs quod metus causa gestum«). — Vgl. auch Burchardi, Wiedereins. in den vorigen Stand S. 283 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 377 fgg., Rudorff in der gesch. Zeitschr. XII. 3. („über die Oktavianische Formel") S. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 361 fgg. und über einen einzelnen Punkt in der Lehre von der actio quod metus causa s. Band I. §. 207. Anm. 2. S. 431 fg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

2) *Ulp.* l. 9. §. 3. h. t.: Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare; et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. §. 4. Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

3) *Ulp.* l. 14. §. 3. h. t.: In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim, hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam quum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit, et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat, metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Vgl. l. 9. §. 8. h. t.: Quum autem haec actio *in rem sit scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito etc. Vgl. Schmidt v. Ilmenau, zivil. Abhh. I. S. 3 fgg.

4) *Ulp.* l. 14. §. 1. 2. h. t.: Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne, quodcunque restitui oportet. Satis clementer cum reo Praetor agit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. (§. 2.) In causae autem cognitione versatur, ut si alia actio non sit, tunc haec detur.

5) *Ulp.* l. 16. §. 2. h. t.: Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen, quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

6) *Ulp.* l. 4. §. 33. de doli mali et metus except. (44, 4): Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio *in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo,

qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio objici possit.

5) Arglist.

A. Im Allgemeinen (actio und exceptio doli). §. 693.

Dig. IV. 3, Cod. II. 21. [20] de dolo malo. — Glück V. S. 513 fgg., Unterholzner II. S. 74 fgg., S. 747 fgg., Koch III. S. 997 fgg. — Hänel im ziv. Arch. XII. 20. („über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli"). Vgl. auch Burchardi, Wiedereinsetzung S. 283 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 308 fgg. und oben Bd. I. S. 242 fgg. — Ueber *exceptio doli* insbesondere: Dig. XLIV. 4. de doli mali et met. exceptione, Hänel a. a. O. S. 419 fgg., Kritz, Rechtsfälle Bd. II. S. 296 fgg. („zu dem Titel der Pandekten de doli mali et met. exc."); s. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 361 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Verba Edicti haec sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.*

2) *Ulp.* l. 15. §. 3. h. t.: In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.

3) *Ulp.* et *Paul.* l. 9. §. ult., l. 10, l. 11. pr. h. t.: Merito causae cognitionem Praetor inseruit, neque enim passim haec actio indulgenda est, nam ecce in primis si modica summa sit, [l. 10.] id est, usque ad duos aureos, [l. 11.] non debet dari.

4) *Marcian.* l. 36. h. t.: Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

5) *Ulp.* l. 2. §. 1. 2. de doli mali exc. (44, 4): Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio, et quibus personis objiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem; *si in ea re nihil dolo malo factum est*, sed sic: *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.* Docere igitur debet

is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum; aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat. (§. 2.) Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio, neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

B. Insbesondere.

a) Calumnia. §. 694.

Dig. III. 6. de calumniatoribus. (Der Kodextitel IX. 46. de calumniatoribus behandelt ein anderes, dem Privatrechte fremdes Verbrechen). — Glück V. S. 386 fgg., Unterholzner II. S. 785 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: In eum, qui ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum ejus pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.

2) *Gai.* et *Ulp.* l. 4, l. 5. pr. h. t.: Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest, [l. 5.] in heredem autem competit in id, quod ad eum pervenit.

3) *Ulp.* l. 5. §. 1. h. t.: Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur, nam si et dantis, melior causa erit possidentis. Quare, si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? *Sed puto sufficere alterutram actionem.* Ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem. Vgl. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. I. p. 484. (Auch die Basiliken LX. 1. 5. und der Scholiast dazu bei Fabr. VII. p. 15 sq. schol. e, bei Heimb. V. p. 231. schol. 15 verstehen die Stelle von einem schlechthin exklusiven Verhältniß beider Klagen, eine Deutung, die auch freilich grammatisch fast nothwendig ist, obwohl sie aus innern Gründen sehr bedenklich erscheint. Auch die heutigen Juristen sind noch verschiedener

Ansicht, und so nehmen z. B. Glück a. a. O. S. 389, Wening §. 337 u. A. an, daß auch nach durchgesetzter condictio ob turpem causam doch noch innerhalb eines Jahrs die actio in factum auf das Dreifache angestellt werden dürfe, während dies z. B. von Göschen §. 624, Savigny, Syst. V. S. 257 fgg. Nr. 5, Martens, über Konkurrenz und Kollis. der Zivilklagen S. 37 fg. S. 51 u. A. m. entschieden in Abrede gestellt wird).

b) Verhindertes Erscheinen vor Gericht. §. 695.

1) Dig. II. 7. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. Glück III. S. 421 fgg., Unterholzner II. S. 783 fgg.

a) *Ulp.* l. 5. §. 1. h. t.: In eum autem, qui vi exemit, in factum judicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est; hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. Glück a. a. O. S. 423 fgg.

b) *Ulp.* l. 5. §. 4. h. t.: Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit; neque autem in heredem, neque post annum dabitur.

2) Dig. II. 10. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat. Glück III. S. 485 fgg., Unterholzner II. S. 752 fgg.

a) *Julian.* l. 3. pr. h. t.: Ex hoc Edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti. In quo judicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem, veluti si reus tempore dominium rei interim sibi acquirat, aut actione liberatus fuerit.

b) *Ulp.* l. 1. §. 6. h. t.: Et heredi datur, sed non ultra annum; adversus heredem autem hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti heres non lucretur.

c) Alienatio judicii mutandi causa facta. §. 696.

Dig. IV. 7, Cod. II. 55. [54] de alienatione jud. mut. causa facta. — Glück VI. S. 54 fgg., Unterholzner II. S. 89 fgg., *Schmid* de litigiosar. rer. alienat. Jen. 1840. p. 84 sqq.

1) *Gai.* l. 1. pr. h. t.: Omnibus modis Proconsul id agit, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Et quum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.

2) *Ulp.*, *Paul.*, *Gai.* l. 4. §. ult., l. 5. 6. 7. h. t.: Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet; quare et heredi dabitur, in heredem autem [l. 5.] vel similem [l. 6.] vel post annum non dabitur, [l. 7.] quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

d) Alienatio in fraudem creditorum facta. §. 697.

Dig. XLII. 8. [9] quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur; Cod. VII. 75. de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Unterholzner II. S. 92 fgg., Koch II. S. 753 fgg., v. Schröter in der Gießer Zeitschr. VI. S. 131 fgg., Francke im ziv. Arch. XVI. S. 125 fgg., S. 251 fgg., Laspeyres das. XXI. S. 35 fgg. (wenn auch die beiden letztangeführten Abhh. nur einen einzelnen Punkt aus unsrer Lehre ex professo behandeln, vgl. die Anm., so verbreiten sie sich doch auch über die Natur der actio Pauliana im Allgemeinen), Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel Bd. V. S. 89 fgg., Windmüller, die Anfechtung simulirter und sonstiger Veräußerungen. Berlin 1854. S. 27 fgg. — Vgl. auch oben Bd. I. S. 346 fgg.

1) *Ulp.* l. 25. de reb. auctor. judic. possidend. (42, 5): Ait Praetor: *Quod postea contractum erit, quam is cujus bona venierint consilium receperit fraudare, sciente eo, qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.*

2) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo expe-*

riundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo.

3) *Ulp.* l. 10. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex Edicto meo competere esse oportet, et si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita etsi scientia non sit in factum actionem permittam.* — Da wir aus l. 67. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 96. pr. de solut. (46, 3), l. 1. C. Th. de integr. rest. (2, 16) wissen, daß der Prätor auch ein besondres *interdictum fraudatorium* eingeführt hat, so dürfen wir nicht zweifeln, daß wir in der abgedruckten Stelle, bis zu dem Worte *restituas*, die formula für dieses Interdikt besitzen. Nach dem Wenigen, was wir davon wissen, scheint es, daß keine wesentlichen materiellen Verschiedenheiten zwischen diesem Interdikte und der actio Pauliana Statt gefunden haben, vgl. auch *Cujac.* in libr. XI. Resp. Papiniani ad l. 96. de solut. (in opp. IV. p. 1319 sqq.), v. Schröter a. a. O. S. 135 fgg., Unterh. II. S. 141.

4) *Ulp.* l. 10. §. 2. h. t.: Quod ait Praetor „*sciente*", sic accipimus, te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. — 5) *Ulp.* l. 6. §. 11. h. t.: Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores; nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

6) *Ulp.* l. 10. §. 1. h. t.: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter

dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio; si autem horum pecunia, quos frandare voluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore; secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est, eoque jure utimur.

Anm. Während es ganz unzweifelhaft ist, daß Zahlungen, welche der Kridarius an einen einzelnen Gläubiger macht, dann unbedenklich zurückgerufen werden dürfen, wenn dieselben nach Eröffnung des Konkurses (also nach erfolgter missio in bona) gemacht worden sind, l. 6. §. 7, l. 10. §. 16. h. t., so ist es eine eben so interessante, als bestrittene Frage, ob und inwiefern die Paulianische Klage auch auf solche Zahlungen Anwendung finde, welche vor Ausbruch des Konkurses geschehen sind, vgl. bes. Francke a. a. O. („über die Zulässigkeit der a. Paul. bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs Statt") und Laspeyres a. a. O. („über Anfechtung von Zahlungen mit der a. Paul."), und s. auch Windmüller a. a. O. S. 40 fgg.

I. Wir setzen vorerst den Fall, daß der Fraudator eine völlig wirksame, bereits fällige Forderung eines einzelnen Gläubigers, vor Ausbruch des Konkurses durch Zahlung getilgt hat, während es gewiß ist, daß dieser Gläubiger, wenn er seine Befriedigung im Konkurse hätte suchen müssen, Nichts oder doch nicht Alles erhalten haben würde. Für diesen Fall sind besonders drei Theorieen aufgestellt worden. Die eine, namentlich von vielen älteren Juristen vertheidigte Ansicht geht dahin, daß hier die Paulianische Klage unbedenklich, und zwar ohne alle Rücksicht auf bona oder mala fides des befriedigten Gläubigers, statthaft sei, vorausgesetzt nur, daß der Schuldner den einen Gläubiger vor dem andren habe befriedigen wollen, daß er also, wie man sich auszudrücken pflegte, per gratificationem Zahlung geleistet habe (s. g. Gratifications-Theorie; vgl. die Zitate bei Francke S. 135. Not. 20). Dagegen nahmen Andre gerade umgekehrt an, daß in solchem Falle die actio Pauliana schlechthin unstatthaft sei, vgl. z. B. die bei Francke S. 138 fgg. Not. 25—29. Angeff., und diese Theorie hat bes. Francke a. a. O. vertheidigt, und überhaupt haben sich ihr die meisten Neueren angeschlossen. Wieder Andere endlich gehen davon aus, daß allerdings die Anwendbarkeit der actio Pauliana auch auf solche Zahlungen behauptet werden müsse, aber nur, wenn die regelmäßigen Erfordernisse dieser Klage vollständig vorhanden seien, wenn also namentlich nicht blos das consilium fraudandi in der Person des

Kridarius, sondern auch die conscientia fraudis in der Person des befriedigten Gläubigers gehörig bewiesen seien; vgl. z. B. die bei Francke Not. 24, Angeff., und jetzt besonders Laspeyres a. a. O. — Die zuerst angeführte, die s. g. Gratifikations-Theorie hat m. E. weder innere noch äußere Gründe für sich; gegen die zuletzt genannte läßt sich zwar dem Prinzip nach gewiß nichts einwenden, aber ich halte sie darum für unanwendbar, weil eine der darnach nothwendigen Voraussetzungen für die actio Pauliana, die mala fides des befriedigten Gläubigers, gar nicht gedenkbar ist; und so bleibt uns denn nur die Meinung übrig, die ich auch in der That für die einzig richtige halte, daß die actio Pauliana auf solche Zahlungen, wie wir sie oben vorausgesetzt haben, überhaupt gar nicht anwendbar ist. Man bemerke:

1) Bei der allgemeinen Ausdrucksweise des Prätorischen Edikts („quae fraudationis causa gesta erunt", vgl. auch l. 1. §. 2, l. 2—5 h. t.) läßt es sich an sich nicht wohl bezweifeln, daß auch Zahlungen an Gläubiger unter dieses Edikt subsumirt werden müssen, wenn nur die allgemeinen Voraussetzungen desselben bei ihnen zusammentreffen, d. h. wenn consilium fraudandi in der Person des Kridar, mala fides in der Person des befriedigten Gläubigers, und eventus fraudis wirklich vorhanden sind. Daß das erste und dritte Erforderniß bei solchen Zahlungen eben so gut wie bei andren Geschäften des Kridars vorkommen können, ist nicht zu bezweifeln; wie aber auch das zweite Requisit, mala fides in der Person des Empfängers, hierbei gedacht werden könne, vermag ich nicht einzusehen. Der Gläubiger, der dasjenige annimmt, was er von Rechtswegen zu fordern hat, macht sich durch diese Annahme niemals eines Dolus schuldig, obschon er weiß, daß der Schuldner insolvent ist, und es ihm auch wohl bekannt ist, daß er nach ausgebrochenem Konkurs Nichts oder doch nicht das Ganze erhalten würde, und daß also die übrigen Gläubiger in Folge seiner jetzigen Befriedigung eine Einbuße erleiden müssen; denn verständiger Weise kann Niemanden zugemuthet werden, sich freiwillig einem Verluste zu unterziehen, oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechts zu verzichten, blos um Andre vor einem Verluste zu schützen. Er macht sich so wenig eines dolus oder einer fraus schuldig, daß vielmehr, wenn etwa ein Tutor oder Kurator die Annahme einer solchen Zahlung verweigerten, dieselben dadurch unbezweifelt ihrem Pflegling verantwortlich würden! Was in der Person des Schuldners als Chikane gegen die übrigen Gläubiger erscheinen kann, daß er nämlich dem Einen vor den Uebrigen Zahlung leistet, das verliert diesen Charakter völlig in der Person des Gläubigers, der die gebotene Befriedigung annimmt, wenn ihm auch das unreine Motiv des Schuldners vollkommen bekannt ist.

2) Was eben aus der allgemeinen Theorie der actio Pauliana gefolgert wurde, was wir also annehmen müßten, wenn gar kein spezielles Gesetz über unsre Frage vorhanden wäre, das ist auch in einer ganzen Reihe von Gesetzen ganz bestimmt und unzweideutig ausgesprochen. Hierher gehört zunächst der allgemeine Ausspruch der L. 129. pr. de R. J.:

Paul. „Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit".

Hierher gehören aber ferner die ganz bestimmten, in spezieller Beziehung auf unsre Frage stehenden Entscheidungen in l. 6. §. 6. und 7. h. t.:

Ulp. „Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur, receperat; eum enim, quem Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse; totum enim Edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit, utputa pignora venditionesque. (§. 7.) Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset".

Wenn auch der erste Theil dieser Stelle, nämlich §. 6, wohl nicht eigentlich unsre Frage berührt, obwohl dies die meisten Ausleger annehmen, sondern vielmehr den andren Fall entscheidet, wenn an den Kridarius eine Zahlung geleistet wird — wodurch ja begreiflich auch den Kreditoren ein Objekt für ihre Befriedigung entzogen werden kann —, vgl. auch Laspeyres a. a. O. S. 58 fgg., so ist doch auch diese Entscheidung für unsre Frage nicht ohne Interesse, indem ja auch hier entschieden von dem Grundsatze ausgegangen wird, *„eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere"*. Der zweite Theil der Stelle, nämlich §. 7, beantwortet aber ex professo unsre Frage, und da wird denn mit möglichst klaren Worten das Dogma hingestellt, daß der Gläubiger, welcher seine Befriedigung erwirkt, ehe der Konkurs wirklich zum Ausbruch gekommen ist, niemals mit der actio Pauliana angegriffen werden könne, wenn ihm auch die Insolvenz des Schuldners vollkommen bekannt gewesen ist, wenn er also auch recht gut gewußt hat, daß durch seine Befriedigung die übrigen Gläubiger in Nachtheil gekommen sind. Und hiermit stimmt denn auch vollständig die l. 24. fin. h. t. überein:

Scaevola. „Quid ergo, si quum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito, et si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, *ideo quoque non revocatur id, quod percepi*".

Offenbar wird es hier als sich ganz von selbst verstehend angesehen, daß von der a. Pauliana dann keine Rede sein könne, wenn dem Gläubiger die Zahlung freiwillig angeboten worden sei. Zweifel könne nur der andre Fall erregen, wenn der Gläubiger den demnächstigen Ausbruch des Konkurses fürchtend, durch ungestümes Drängen und Mahnen die Zahlung herauspreßt, weil hier noch am Ehesten von einer mala fides des Gläubigers gesprochen werden könnte; aber auch in diesem problematischen Falle lautet die einfache und bestimmte Entscheidung: sed vigilavi — —, ideo quoque non revocatur id, quod percepi"! vgl. auch l. 10. §. 16. h. t.

3) Einiges Bedenken könnte nur durch l. 25. §. 1. h. t. entstehen. Hier wird der Fall behandelt, wenn der Schwiegervater consilio fraudandi seinem Schwiegersohne eine dos bestellt; kennt der Schwiegersohn die Insolvenz, so ist die actio Pauliana gegen ihn begründet; „in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, *non magis, quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit*, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit". Hier liegt nun allerdings folgende Argumentation nahe: der Schwiegersohn, welcher von dem Schwiegervater eine dos empfängt, wird in Parallele gebracht mit dem Gläubiger, welcher von seinem Schuldner befriedigt wird, und wie nun Venulejus im erstren Falle zwischen dem wissenden und nichtwissenden Ehemann unterscheidet, so muß doch wohl auch im zweiten Falle zwischen dem wissenden und nichtwissenden Gläubiger unterschieden, und im Falle des Wissens die actio Pauliana gestattet werden: vgl. auch Lasspeyres a. a. O. S. 60 fgg. Augenscheinlich bringt aber Venulejus nicht überhaupt den dotirten Ehemann mit dem befriedigten Gläubiger in Parallele — was auch aus innern Gründen ganz unpassend gewesen sein würde —, sondern nur der *ignorans* maritus wird mit dem creditor verglichen, um damit anzudeuten, daß der dotirte Ehemann nicht als Beschenkter gelten könne, und also allerdings seine ignorantia berücksichtigt werden müsse. Für den Fall des Mitwissens deutet Venulejus auch nicht entfernt auf eine solche Parallele hin, offenbar, weil sie hier unwahr und unpassend gewesen sein würde, denn der *sciens maritus* ist aus guten Gründen der actio Pauliana unterworfen, während dies bei dem *sciens creditor*

aus andren guten Gründen nicht der Fall ist, und gerade, weil hier die Entscheidung eine verschiedene sein muß, hütet sich in diesem Falle Venulejus vor einer Vergleichung. Offenbar streitet also die l. 25. §. 1. cit. so wenig gegen unsre Ansicht, wie Laspeyres irrig meint, daß sie vielmehr ein nicht unbedeutendes Argument für dieselbe enthält.

4) Ganz besondres Gewicht legt noch Laspeyres a. a. O. S. 96 fgg. auf l. 96. pr. de solut. (46, 3):

> *Papinian.* „Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit; liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur; *sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit*".

Darauf, daß hier nicht von der actio Pauliana, sondern von dem interdictum fraudatorium die Rede ist, lege ich gar kein Gewicht, denn ich glaube nicht, daß wesentliche Verschiedenheiten in den Voraussetzungen dieser Klagen begründet waren, s. oben T. 3, und wenn aus dieser Stelle hervorgeht, daß der Gläubiger durch Annahme der Zahlung wirklich particeps fraudis werden kann, so bezweifle ich keinen Augenblick, daß die actio Pauliana ganz eben so gut, wie das interd. fraudatorium gegen ihn anwendbar ist. Offenbar hat aber dieser Fall das Besondre, daß hier der Gläubiger nicht mit dem eigenen Gelde des Fraudator befriedigt worden ist, sondern mit dem Gelde des Pupillen; und wenn der Gläubiger dieses wußte, wenn ihm also bekannt war, daß der Mündel seines Schuldners ausgeplündert wurde, um ihn zu befriedigen, dann ist er freilich unleugbar in einer wahren mala fides, und die actio Pauliana ist sicher begründet. Aber hieraus kann m. E. unter keiner Voraussetzung ein Schluß auf den Fall gemacht werden, der uns hier allein beschäftigt, wenn nämlich ein Ueberschuldeter wirklich aus dem Seinigen einen Gläubiger zum Nachtheil der Uebrigen befriedigt.

5) Wie bei so klaren Quellen-Aussprüchen, wornach die actio Pauliana gegen den befriedigten Kreditor ganz und gar unstatthaft ist, selbst wenn derselbe mit der Insolvenz des Schuldners vollkommen bekannt war, die von diesem Satze so weit abweichende Gratifikations-Theorie habe entstehen können, könnte unbegreiflich scheinen, wenn nicht zwei Gesetze vorhanden wären, welche als die eigentlichen Pfeiler derselben angesehen werden müssen. Es sind dies nämlich l. 6. §. 1. 2. de reb. auctor. judic. poss. (42, 5) und l. 24. h. t. Die erste Stelle lautet so:

> *Paul.* „Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. (§. 2.) Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si

quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Julianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. *Quodsi utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse, aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum, quod accepisti*",

und in der zweiten Stelle, in l. 24. h. t., heißt es folgender Maaßen:

Scaevola. „Pupillus patri heres exstitit, et uni creditorum solvit; mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt; an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam ceteri creditores, an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi; sin vero juste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si rel. (die Fortsetzung s. oben S. 650).

Allerdings wird in beiden Stellen mit klaren Worten gesagt, daß die Zahlung stets dann revozirt werden dürfe, wenn dieselbe per gratificationem geschehen sei, wenn also der Zahlende den einen Gläubiger vor dem andern habe begünstigen wollen. Augenscheinlich ist hier ja aber gar nicht von unsrer Frage, von der Reszission einer geschehenen Zahlung mittelst der actio Pauliana, die Rede, sondern von dem ganz andren Falle, wenn ein suus heres einzelne Erbschafts-Gläubiger befriedigt, und hierauf von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht. Bei der Frage, ob das, was ein solcher suus heres in seiner Erbenqualität vorgenommen hat, nach der Abstention rechtsbeständig bleibe, oder nicht, entscheidet der einfache Grundsatz, daß es dabei wesentlich nur auf die bona oder mala fides des Erben ankommt, wie Paulus im Eingang der ersten Stelle, in l. 6. §. 1. cit. deutlich ausspricht, vgl. auch l. 44. de acqu. v. om. hered. (29, 2) [„rata haberi debent, quaecunque pupillus bona fide gesserit"], und da hierbei die bona oder mala fides dessen, mit welchem das fragliche Geschäft abgeschlossen wird, ganz außer Betracht bleibt, so rechtfertigen sich die in den beiden abgedruckten Gesetzen gegebenen Entscheidungen ganz von selbst. Auf die actio Pauliana können dieselben aber unmöglich angewendet werden, eben weil es hierbei wesentlich auch auf die mala fides des Verklagten ankommt, und könnte hier noch irgend ein Zweifel obwalten, so wird derselbe durch die Fortsetzung der l. 24. cit. jeden Falls beseitigt. Nachdem nämlich zuerst Skävola den Fall behandelt, wenn ein suus

heres vor der Abstention einzelne Erbschaftsgläubiger befriedigt, und hierbei unterscheidet, ob die Zahlung per gratificationem geschehen sei, oder nicht, wendet er sich ausdrücklich in den folgenden Worten: Quid ergo etc. zu dem zweiten Falle, wenn ein Kridar vor Ausbruch des Konkurses einzelnen Gläubigern Zahlung leistet, und hier wird nicht etwa auch, wie in dem ersten Falle, unterschieden, ob per gratificationem gezahlt worden sei oder nicht, sondern es wird allgemein die Paulianische Klage verworfen! Wie man unter diesen Umständen daran denken konnte, jenes Gratifikations-Prinzip auch auf die actio Pauliana zu übertragen, ist mir in der That räthselhaft. Vgl. auch Francke a. a. O. S. 251 fgg.

II. Wenn der Fraudator eine noch nicht fällige Schuld abgetragen hat, so nehmen die beiden neuesten Bearbeiter unsrer Lehre, Francke a. a. O. S. 266 fgg. und Laspeyres a. a. O. S. 75 fgg. übereinstimmend an, daß die Paulianische Klage unbedenklich Statt finde, und zwar nicht gerade blos bis zum Belaufe des Interusuriums, sondern vielmehr so, daß damit Alles erlangt werden könne, was den übrigen Gläubigern durch die Früherzahlung geschadet worden sei; falle der Zahlungstermin noch vor den Ausbruch des Konkurses, oder würde der befriedigte Kreditor auch im Konkurs volle Befriedigung erhalten haben, so bestehe freilich das mit der actio Pauliana einzuklagende Interesse nur in dem Interusurium, aber anders verhalte es sich, wenn der Termin erst in die Zeit nach ausgebrochenem Konkurs falle, und der Kreditor in demselben gar keine oder doch nicht volle Befriedigung gefunden hätte, und hier müsse also mittelst der a. Pauliana die ganze Zahlung reszindirt werden können. Ich kann mich von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen. In der sonst sehr schätzbaren Abhandlung Francke's ist nämlich ein irriger Grundgedanke ausgesprochen, der gerade bei unsrer speziellen Frage von entscheidendem Einfluße gewesen ist. Francke meint nämlich, Zahlungen fielen vorzugsweise darum nicht in die Sphäre der actio Pauliana, weil der Kreditor ein Zwangsrecht deßhalb habe, weil er also eine wirksame Klage deßhalb anstellen könne; dieses sei aber bei einer noch nicht fälligen Forderung nicht der Fall, und deßhalb müßten solche Zahlungen allerdings mit der a. Pauliana revozirt werden können. Zum Beweise jener angeblichen ratio beruft sich aber Francke insbesondere auf l. 6. §. 6. h. t.: „eum enim, *quem Praeses invitum solvere cogat*, impune non solvere, iniquum esse". Ich habe aber schon oben bemerkt, daß gerade diese Stelle nach einer richtigeren Auslegung unsre Frage gar nicht berührt, und auch das da angegebene Motiv greift also hier nur sehr mittelbar ein; sondern der einzige entscheidende Grund, weßhalb Zahlungen mit der a. Pauliana nicht angegriffen werden können, ist

nach der obigen Ausführung nur, weil bei dem befriedigten Gläubiger von einer eigentlichen mala fides gar keine Rede sein kann. Dieser Grund paßt aber m. E. vollständig auch auf den Fall, wenn die Forderung noch nicht fällig ist; denn wenn hier der Gläubiger auch zur Zeit noch keine wirksame Klage anzustellen befugt ist, so ist er doch allerdings schon wahrer Gläubiger, und auch von ihm muß also gelten: „nihil dolo creditor facit, qui suum recipit". Das versteht sich aber von selbst, daß die materiellen Vortheile, welche er durch die Früherzahlung erlangt hat, von ihm restituirt werden müssen, und so ist denn allerdings die actio Pauliana in Betreff des Interusuriums vollkommen begründet. Gerade dieses sagen denn auch die Gesetze l. 10. §. 12. h. t.:

> *Ulp.* Si, quum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, *in eo, quod sensi commodum in repraesentatione*, in factum locum fore; nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri";

l. 17. §. 2. h. t.:

> *Julian.* „Si vir uxori, quum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, *quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi*; nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit",

und es ist gewiß willkürlich, hieraus mit Francke und Laspeyres ableiten zu wollen, daß unter Umständen die ganze Zahlung reszindirt werden könne; vgl. jetzt auch Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. 2. S. 1019, Puchta, Vorles. zu §. 380, Sintenis, pr. Zivilr. II. S. 745 Anm., Arndts Lehrb. §. 228, Windmüller a. a. O. S. 44.

III. Wenn der befriedigte Gläubiger nur eine natürliche Forderung hatte, so läßt Francke a. a. O. S. 269. unbedenklich die actio Pauliana zu, weil ja auch hier dem Kreditor kein wirkliches Zwangsrecht zur Seite stehe, und eine solche Zahlung zu den freiwilligen Rechtsakten des Schuldners gehöre. Ist aber das vorher bei II. Bemerkte begründet, so muß auch diese Ansicht von Francke verworfen werden, und meiner Ueberzeugung nach ist also auch in einem solchen Falle die a. Pauliana durchaus unanwendbar; ja, man möchte fast sagen, noch viel gewisser, wie bei einer civilis obligatio, denn da eine ganz besondre vigilantia des Gläubigers nach dem Wesen der naturalis obligatio sich als durchaus nothwendig herausstellt, so kann in der Anwendung derselben noch um so weniger eine mala fides oder ein dolus gefunden werden.

IV. Wenn keine Zahlung, sondern eine Pfandbestellung in fraudem creditorum vorgekommen ist, wenn also vor Ausbruch des

Konkurses einem chirographarischen Gläubiger dolo malo ein Pfandrecht eingeräumt ist, so ist allerdings — natürlich unter Voraussetzung der mala fides des Gläubigers — die actio Pauliana vollkommen statthaft, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil hier, ganz anders wie bei Zahlungen, ein neues Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, wobei unbedenklich von einer mala fides des Gläubigers die Rede sein kann. Dies ist denn auch in den Gesetzen bestimmt anerkannt, vgl. l. 10. §. 13. h. t.:

Ulp. „Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum",

s. auch l. 6. §. 6, l. 22. h. t.

V. Was im Falle einer Pfandbestellung nach entschiedenen gesetzlichen Aussprüchen nicht bezweifelt werden kann, das muß ungeachtet des Widerspruchs von Puchta Vorles. zu §. 380, gewiß aus denselben Gründen auch bei einer *datio in solutum* angenommen werden, vgl. auch Francke S. 262 fgg., Laspeyres S. 71 fgg. Auch hier wird ein neues Rechtsgeschäft — gewißer Maßen eine emtio venditio, l. ult. quib. ex caus. in poss. eat. (42, 4) — zwischen dem Fraudator und dem Gläubiger abgeschlossen, wobei der Letztere unbedenklich particeps fraudis sein kann. Auf eine solche datio in solutum bezieht sich zwar nicht die l. 1. C. h. t., wie Laspeyres S. 73 fgg. irrig annimmt, aber allerdings wohl die l. 25. §. 3. h. t:

Venulej. „Si procurator ignorante domino, quum sciret, debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit servo *ab eo accipere*, hac actione ipse tenebitur, non dominus".

---

e) Verführung eines Kindes. §. 698.

Dig. XI. 3. de servo corrupto, Cod. VI. 2. de furtis et servo corrupto. — Glück XI. S. 316 fgg., Unterholzner II. S. 704 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Qui servum servam alienum alienam recepisse, persuasissere quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* — 2) *Idem.* l. 13. pr. h. t.: Haec actio perpetua est, non temporaria, et heredi ceterisque successoribus competit; in heredem non dabitur, quia poenalis est.

3) *Paul.* l. 14. §. 1. h. t.: De filio filiave familias corruptis huic Edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente: *sed utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

6) Verletzte Berufspflicht.

A) Vergehen der Richter. §. 699.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicetur, Cod. VII. 49. de poena judicis, qui male judicavit. — Unterholzner II. S. 739 fgg., Koch III. S. 1002. — Weber in der Gießer Zeitschr. VII. 1, Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel Bd. III. Abh. 2. S. 289 fgg.

1) *Ulp.* l. 15. §. 1. de judiciis (5, 1): Judex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

2) *Gai.* l. 6. h. t.: Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit. (Dieselbe Stelle kommt auch noch vor in l. 5. §. 4. de O. et A. (44, 7) und im pr. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5); vgl. auch *Gai.* IV. 52).

3) K. G. O. v. 1555. I. 53. §. 10: Wo aber eine Parthey vermeynt, oder sich aus der Revisionen befünde, daß aus Betrug oder Arglist, von Geschenk, Miet, Gaab, Bitt, Freundschaft, Feindschaft, oder andrer dergleichen Ursachen wegen, eine nichtige und ungerechte Urtheil gefällt und gegeben wäre, dieselbe Parthey soll in diesem Fall jederzeit sich nicht allein der Revision, wie obgemelt, zu gebrauchen, sondern auch Fug und Macht haben, die Urtheiler, so angezeigter Gestalt gehandelt,

ad syndicatum zu stellen, und wie es sich des Orts vermög der Rechte gebührt, gegen ihnen zu handeln. Vgl. auch ebendas. §. 5. 6. Konz. d. K. G. O. III. 63. §. 13. 14. 18, J. R. A. §. 157.

B) Vergehen der Agrimensoren. §. 700.

Dig. XI. 6. si mensor falsum modum dixerit. — Glück XI. S. 375 fgg., Unterholzner II. S. 748 fgg., Rudorff in der gesch. Zeitschr. X. S. 422 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit. — — Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari; si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Haec actio dolum malum duntaxat exigit, visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit, sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba Edicti; utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

3) *Ulp.* l. 3. §. 5. h. t.: Hanc actionem heredi similibusque personis dandam Pomponius scribit, sed in heredem similesque personas denegandum ait.

4) *Paul.* l. 4. h. t.: Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.

7) Injuria. §. 701.

Inst. IV. 4, Dig. XLVII. 10, Cod. IX. 35. de injuriis. — Unterholzner II. S. 759 fgg., Koch III. S. 938 fgg — Weber, über Injurien und Schmähschriften. 4. Aufl. Leipz. 1820, Walter, über Ehre und Injurie nach römischem Rechte,

im neuen Arch. d. Krim. R. Bd. IV. S. 108 fgg., S. 241 fgg., *Zimmermann*, de injuriis ex jure Rom. Berol. 1835, Heffter, die Begriffsverschiedenheit der röm. und deutschen Injurie; im Arch. d. K. R. N. F. 1839. S. 237 fgg., Mittermaier in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 863 fgg., Huschke Gaius S. 118 fgg. (Die Lehre von den Injurien wird h. z. T. ausführlich und in vollem Umfange in den Vorlesungen über Strafrecht abgehandelt, weßhalb dieselbe in einer Pand. Vorlesung nur berührt, nicht ausgeführt werden kann.)

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter; *specialiter enim injuria dicitur contumelia.* — 2) *Ulp.* l. 5. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2): Et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et injuriarum; sed duae erunt aestimationes, *alia damni*, *alia contumeliae.* — 3) *Ulp.* l. 15. §. 46. h. t.: Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, *quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum*, *altera ad contumeliam.*

4) *Gai.* lib. III. §. 223. 224: Poena autem injuriarum ex lege XII. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat, at si servo CL; propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta, et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae. (§. 224.) Sed nunc alio jure utimur; permittitur enim nobis a Praetore ipsis injuriam aestimare, et judex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. (Cf. §. 7. J. h. t.). — 5) *Ulp.* l. 15. §. 25. 26. h. t.: Ait Praetor: *Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* (§. 26.) Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe quum ex generali injuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni, et ita se habet, Praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui; ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta. — 6) *Ulp.* l. 15.

§. 2. h. t.: Ait Praetor: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisset, cujusve opera factum esse diceetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum judicium dabo.*

7) *Ulp.* l. 5. pr. h. t.: — — Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem, quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit. Apparet igitur, omnem injuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri. — 8) *Marcian.* l. 37. §. 1. h. t.: Etiam ex lege Cornelia injuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatione judicis facienda.

9) *Paul.* l. 2. §. 4. de collat. (37, 6): Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet, *magis enim vindictae, quam pecuniae habet persecutionem.* — 10) *Ulp.* l. 13. pr. h. t.: Injuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur.

11) §. 10. J. h. t.: In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter; et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena imponitur; sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur.

8) Widerrechtliche Gefangenhaltung eines Menschen. §. 702.

Dig. XLIII. 29. de libero homine exhibendo; Cod. VIII. 8. [de lib. exhib. s. deduc. et] de libero homine exhibendo. — Unterholzner II. S. 214 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. 3. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam; [l. 3.] quod et lex Favia prospexit; neque hoc interdictum aufert legis Faviae exsecutionem; nam et hoc interdicto agi poterit, et nihilominus accusatio legis Faviae institui, et versa vice qui egit Favia, poterit nihilominus etiam hoc interdictum habere, praesertim quum alius interdictum, alius Faviae actionem habere possit.

2) *Ulp.* l. 3. §. 9. h. t.: Hoc interdictum omnibus competit; nemo enim prohibendus est, libertati favere.

9) Gemeingefährliche Handlungen.

A) Album corruptum. §. 703.

Unterholzner II. S. 794.

Ulp. l. 7. pr. de jurisdict. (2, 1): Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est.

B) Effusum et dejectum. §. 704.

Dig. IX. 3. de his, qui effuderint vel dejecerint. — Glück X. S. 392 fgg., Unterholzner II. S. 789 fgg., Koch III. S. 1005.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait de his, qui dejecerint vel effuderint: *Unde in eum locum, quo volgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo; si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo.*

2) §. 1. J. de oblig. quae quasi ex del. nasc. (4, 5): Item is, ex cujus coenaculo vel proprio ipsius vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, *quasi ex maleficio* obligatus intelligitur; ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. — Vgl. l. 1. §. 4. h. t. — — *nec adjicitur culpae mentio* — —.

3) *Ulp.* l. 5. §. 5. h. t.: Haec autem actio, quae competit de effusis et dejectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit, neque in heredem, sed nec heredi similibusque personis, nam est

poenalis et popularis, dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. Sed si libero nocitum est, ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus jure hereditario competit; quippe quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

C) Positum et suspensum. §. 705.

Dig. IX. 3. de his qui effud. vel dejec. — Glück X. S. 399 fgg., Unterholzner II. S. 789 fgg.

1) *Ulp.* l. 5. §. 6. h. t.: Praetor ait: *Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo.*

2) *Ulp.* l. 5. §. 12. h. t.: Si id, quod positum erat, deciderit et nocuerit, in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam et quum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit, ad exemplum hujus actionis dari oportere actionem; hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit, et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit. — Vgl. Glück a. a. O. S. 403 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 436 sqq., Schmidt v. Ilmenau, ziv. Abhh. I. S. 33 fgg. Not. 30.

3) *Ulp.* l. 5. §. 13. h. t.: Ista autem actio popularis est, et heredi similibusque competit; in heredes autem non competit, quia poenalis est. — Glück a. a. O. S. 401, *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 438.

D) Halten gefährlicher Thiere. §. 706.

Glück X. S. 272, Unterholzner II. S. 789 fgg., Koch III. S. 982 fgg.

Ulp. et Paul. l. 40. 41. 42. de Aedil. Edicto (21, 1): Deinde ajunt Aediles: *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret, animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit, et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum judici videbitur, condemnetur; ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.* Vgl. §. 1. J. si quadrupes pauper. fec. dic. (4, 9).

Sechstes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen, welche unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung hervorgehen.

Es gibt eine große Menge von Schuldverhältnissen, welche weder aus Verträgen, noch aus Delikten, noch aus vertrags oder deliktsähnlichen Gründen entstehen, und die daher ihrem Entstehungsgrunde nach nicht wohl anders charakterisirt werden können, als daß sie auf eine unmittelbare gesetzliche Bestimmung zurückgeführt werden. Von den weit meisten dieser Schuldverhältnisse mußte aber des bessern Zusammenhangs wegen schon früher die Rede sein, und ich erinnere hier nur z. B. an die mancherlei Fälle, in denen eine gesetzliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung Statt findet (§. 76), an die mehrfachen gesetzlichen Kautionen (§. 191, z. B. cautio usufructuaria, cautio legatorum servandorum causa u. s. w.), an die gesetzliche Verbindlichkeit zur Dotation (§. 216), zur Alimentation (§. 260) und viele andre mehr. Hier bleiben uns daher nur noch einige wenige zu betrachten übrig, die in den ff. §Sen dargestellt werden sollen.

I. Von der Verbindlichkeit ad exhibendum.

1) Im Allgemeinen (actio ad exhibendum). §. 707.

Dig. X. 4, Cod. III. 42. ad exhibendum. — Glück XI. S. 167 fgg., Unterholzner II. S. 141 fgg., Koch III. S. 118 fgg. — *Einert*, tract. de act. ad exhibendum. Lips. 1816. (auch in's Deutsche übersetzt in Barth's Dissertt. Bd. III. S. 1 fgg).

1) *Paul.* l. 2. h. t.: Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. — 2) *Ulp.* l. 9. §. 5. h. t.: Quantum autem ad hanc actionem adtinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, quum judicium acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exsequi actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit, laesa, quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur. (Statt der Florentin. Lesart: in nullo *casu* muß doch wohl mit Hal. gelesen werden in nullo *causa*; vgl. auch Glück a. a. O. S. 169 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 520, *Einert* l. c. p. 16 sqq).

3) *Paul.* l. 19. h. t.: Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni ejus interesset? Respondit non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire; nam illa ratione etiam studiosum alicujus doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, quum eos legisset, doctior et melior facturus esset. — 4) *Gai.* l. 13. h. t.: Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum adversus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere; nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, cujus pecuniariter interest. (Ich habe hier unbedenklich die gewöhnliche Lesart *pecuniariter* Statt der Florentinischen *peculiariter* aufgenommen, indem sie nicht nur durch den ganzen Zusammenhang fast geboten, sondern auch durch die Basiliken XV. 4. 13. [„χρηματικῶς"] und die Scholien zu dieser Stelle unterstützt wird, vgl. *Ed. Zachariae* supplem. edit. Basil. Heimb. lib. XV—XIX Basil. continens. Lips. 1846. p. 60. schol. 60 und 62. Gewiß mit Recht nehmen daher auch die

meisten älteren und neueren Juristen die Lesart pecuniariter an, vergl. die Nachweisungen bei Glück a. a. O. S. 176 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 524: doch will unter den Neueren besonders *Einert* cit. p. 161 sqq. die Florentin. Lesart in Schutz nehmen. — Was noch den scheinbaren Widerspruch unsrer Stelle mit l. 12. pr. h. t. betrifft, wo Paulus sagt: »De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest«, so wird derselbe in den eben allegirten Scholien völlig genügend so aufgelös't: »Ne credas hoc thema contrarium esse principio fragmenti, quod ante positum est ex Paul. libr. XXVI. ad Edict. Ibi enim dubium erat, is, qui detinebatur, servus esset an liber, et propterea Paulus ad exhibendum actionem dabat. Hic autem aliquis eum, qui absque dubio liber erat, occultabat, et propterea Gaius non ad exhibendum actionem adversus eum dedit, sed solum interdictum«. Vgl. auch über diesen scheinbaren Widerspruch Glück a. a. O. S. 198 fgg., *Einert* l. c. p. 166 sqq).

5) *Ulp.* l. 3. §. 15. h. t.: Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. (Vgl. hierüber oben Bd. I. §. 199. Anm. S. 399 fgg.)

6) *Paul.* l. 12. §. 6. h. t.: Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest; item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.

Anm. Zu schärferer Charakterisirung der actio ad exhibendum kommt es hauptsächlich auf folgende Punkte an.

I. Die actio ad exhibendum ist, wie schon aus dem Namen hervorgeht, niemals auf ein *restituere* gerichtet, sondern immer nur auf ein *exhibere*, also nur auf ein Vorweisen der Sache, auf ein Zulassen zu der Sache, ein „praesentiam corporis facere“, vgl T. 1. 2, und dazu l. 3. §. 8. de tabul. exhib. (43. 5), l. 3. §. 8. de lib. hom. exhib. (43, 29), l. 22, l. 246. de V. S. Der Grund eines solchen Anspruchs auf Exhibition ist aber offensichtlich weder ein Vertrag, noch ein Delikt, noch auch ein vertrags- oder delikts-ähn-

liches Verhältniß, sondern lediglich eine im Zivilrechte anerkannte Aequitas (aequitas exhibitionis, l. 3. §. 14. h. t.). Soll aber eine solche zu einer Klage berechtigende Aequitas vorhanden sein, so genügt nicht das Vorhandensein irgend eines beliebigen Interesse, welches man an der Vorzeigung der Sache haben könnte, T. 3, sondern es muß vor allen Dingen ein Vermögens-Interesse sein, T. 4, und zwar muß das Verlangen auf Verweisung einer Sache begründet sein durch ein Recht auf die vorzuweisende Sache, durch ein Recht, dessen Effektuirung durch die Exhibition vorbereitet werden soll. Kann der Kläger nicht einen solchen Rechtsanspruch auf die Sache nachweisen, so kann in der Regel auch die Exhibition nicht verlangt werden, und wenn dies doch einmal ausnahmsweise aus besondren Gründen gestattet ist — z. B. bei der Urkunden-Edition, s. den folg. §en —, so kann doch wenigstens nicht die actio ad exhibendum angestellt werden, sondern es müssen entweder spezielle Klagen gebraucht werden, z. B. das interd. de lib. hom. exhibendo oder de tabulis exhibendis, oder es findet eine actio in factum Statt, vgl. bes. l. 3. §. 14. h. t.:

> *Ulp.* „Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit, hae rationes a te possidentur, desidero eas exhiberi; ait Julianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum, nam quum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est; ***sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri***, in factum igitur mihi actionem competere“.

M. a. W. um einen Anspruch auf Exhibition mittelst der actio ad exhibendum durchsetzen zu können, muß ein Habenwollen der Sache im Hintergrunde stehen, und die Nachweisung eines auf ein Habendürfen gerichteten Rechts ist eine unerläßliche Bedingung für die Anstellung dieser Klage. Dabei aber liegt es gar sehr in der Natur der Sache, daß nicht ein vollständiger Beweis dieses Rechts verlangt werden darf, sondern nur eine summarische Verhandlung darüber Statt findet, l. 3. §. 9. h. t.:

> *Ulp.* „Index igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit“;

und daß alle illiquiden Einreden und alle exceptiones altioris indaginis in den prinzipalen Prozeß verwiesen werden, in welchem ex professo über jenes Recht verhandelt wird, jedoch mit Ausnahme der exc. pacti conventi, doli mali, jurisjurandi und rei judicatae, welche „omnimodo“ auch schon bei der actio ad exhib. zur Ver-

handlung kommen sollen, l. 3. §. 13. h. t.; vgl. auch Glück a. a. O. S. 200 fgg., *Einert* l. c. p. 139 sqq.

II. Wir haben gesehen, daß die wesentliche Funktion der actio ad exhibendum die Vorbereitung einer andren Klage ist, welche dann wohl auch unter dem Namen des *directum judicium* oder der *directa actio* der actio ad exhib. entgegengesetzt wird, l. 3. §. 13, l. 17. h. t. Gewöhnlich ist dies eine *vindicatio*, l. 1 h. t.:

Ulp. „Haec actio perquam necessaria est, et vis ejus in usu quotidiano est, et maxime propter vindicationes inducta est",

l. 3. §. 14, l. 6. h. t., oder doch eine andre dingliche Klage, l. 3. §. 3. 4. h. t., aber möglicher Weise können doch auch Forderungsklagen durch dieselbe präparirt werden, wie namentlich possessorische Interdikte, l. 3. §. 5. 11. 12. h. t., Noxalklagen, l. 3. §. 7. h. t. und Diebsklagen, l. 12. §. 2. h. t. Fragt man aber, worin die Vorbereitung besteht, welche durch unsre Klage bewirkt werden soll, so sind insbesondere drei Richtungen zu unterscheiden:

1) In den weit meisten Fällen wird die Vorweisung verlangt, um sich über die Identität und die Qualitäten der mit dem directum judicium zu verfolgenden Sache zu vergewissern, also nur zum Zweck der Instruktion, vgl. die angeff. Gesetze, bes. l. 3. §. 7. cit. Hier muß aber die Exhibition *„in publico"* d. h. vor Gericht, geschehen, l. 2. h. t., was ja auch bei andren exhibitorischen Klagen in ähnlicher Weise vorgeschrieben ist, wie namentlich bei dem interd. de libero homine exhibendo, l. 3. §. 8. de lib. hom. exhib. (43, 29) und bei dem interd. de tabulis exhibendis, l. 3. §. 9. de tabul. exhib. (43, 5).

2) So lange meine Sache mit der res principalis eines Andren kohärirt, kann ich nach den bekannten Grundsätzen des römischen Rechts über Accession (§. 327.) keine Vindikation gebrauchen; wohl aber darf ich mittelst der actio ad exhibendum verlangen, daß mir meine Sache in ihrer Integrität vorgewiesen, also von jener res principalis getrennt werde, wodurch dann von selbst das bisherige Hinderniß der Vindikation beseitigt ist, l. 23. §. 5. de R. V.:

Paul. „Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, *sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur*";

l. 6, l. 7. §. 1. 2. h. t. Natürlich setzt dies aber voraus, daß die Trennung physisch möglich ist, weßhalb z. B. bei einer ferruminatio, im Gegensatze zu der plumbatura, die actio ad exhibendum wegfällt, l. 23. §. 5. de R. V., und daß dieselbe nicht durch spezielles

Gesetz verboten ist, aus welchem Grunde namentlich nicht die Trennung eines tignum aedibus junctum verlangt werden kann, l. 6. h. t.

3) Endlich kann es auch vorkommen, daß Jemanden durch Legat oder allenfalls auch durch Vertrag ein Recht, unter mehreren Sachen eine heraus zu wählen, zusteht, und in solchem Falle kann die actio ad exhibendum gebraucht werden, um die Ausübung des Wahlrechts möglich zu machen, l. 3. §. 6. h. t.:

> *Ulp.* „Item, si optare velim servum vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut [ex] exhibitis possim vindicare",

l. 3. §. 10, l. 12. §. 2. h. t., l. 8. §. 3. de opt. v. elect. leg. (33, 5).

III. Wenn auch nach dem bisher Ausgeführten der wesentliche Zweck der actio ad exhibendum die Vorbereitung einer andren Klage ist, so kann es doch den Umständen nach vorkommen, daß schon durch jene Klage allein der endliche Zweck erreicht wird, und zwar kommt dies namentlich in zwei Fällen vor.

1) Wenn sich meine Sachen auf einem fremden Grundstücke befinden, und der Eigenthümer des Grundstücks bestreitet mein Eigenthumsrecht ganz und gar nicht, aber er will mir weder meine Sachen restituiren, weil er dazu nicht verpflichtet sei, noch auch, gestützt auf sein aus dem Eigenthum hervorgehendes jus prohibendi, erlauben, daß ich mir die Sache abhole, so ist auch hier eine aequitas exhibitionis begründet, und wenn ich nun mittelst der actio ad exhibendum die Zulassung zu der Sache erzwungen habe, so ist damit offenbar mein Zweck erreicht, eben weil ja mein Recht an der Sache von Niemanden bestritten, und das einzige Hinderniß, welches der Geltendmachung meines Rechts im Wege stand — das jus prohibendi des Grundeigenthümers — durch die erzwungene Exhibition vollständig beseitigt wird, l. 5. §. 2—5, l. 9. §. 1, l. 15. h. t., l. 25. de act. emt. vend. (19, 1), l. 16. de praescr. verb. (19, 5). Damit aber die aequitas exhibitionis nicht zu einer wahren Unbilligkeit für den Grundeigenthümer umschlage, muß der, welcher die Exhibition verlangt, nicht nur de damno futuro et praeterito caviren, l. 5. §. 4. h. t., vgl. auch oben S. 581 fgg., sondern er muß auch auf Verlangen Alles wegnehmen, nicht etwa blos das Brauchbare, l. 5. §. 3. h. t.:

> *Ulp.* „Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, ut tollas, *sic tamen, ut totum tollas*; ceterum alias non posse";

vgl. l. 7. §. 2. de damno inf. (39, 2): „— — non aliter permittendum, quam ut *omnia, id est et quae inutilia essent*, auferret".

2) Der zweite hierher gehörige Fall ist, wenn Gründe ver-

handen sind, aus welchen der Verklagte in das Interesse verurtheilt werden muß. Aus der Natur der actio ad exhib. als einer actio arbitraria ergibt sich aber von selbst, daß es zu einer solchen Verurtheilung aus einem doppelten Grunde kommt, nämlich entweder, weil der Verklagte dem arbitrium judicis keine Folge leistet, und contumax in exhibendo ist, l. 3. §. 2, l. 5. §. 2, l. 7. §. 4. 6. h. t., l. 3. C. h. t., oder weil derjenige, welcher facultatem exhibendi hatte, sich arglistig dieser facultas beraubt hat, sei es, daß er die Sache dolo malo vernichtet, oder sie doch arglistig aus seinem Besitze entfernt hat, l. 5. §. 2, l. 8, l. 9. pr. §. 1—4, l. 14, l. 15. h. t., l. 11. fin. de reb. credit. (12, 1), l. 27. de pignorib. (20, 1), l. 1. §. 2. de tign. juncto (47, 3), §. 2. J. quib. alien. lic. (2, 8), l. 5. C. h. t. Da in solchen Fällen die Verurtheilung auf das gesammte Interesse geht, dieses Interesse aber natürlich nach dem Gegenstande des judicium directum bemessen wird, l. 9. §. 7. 8, l. 10, l. 11. pr. h. t., und zwar in Gemäßheit des juramentum in litem des Klägers, l. 3. §. 2, l. 5. §. 2. h. t.: so ist es von selbst klar, daß hier mit der actio ad exhibendum der endliche Zweck des Klägers vollkommen erreicht wird, und von einer darauf noch folgenden Klage keine Rede sein kann.

Wenn übrigens Viele annehmen, daß in diesen beiden eben angeführten Fällen die actio ad exhibendum eigentlich ihren ursprünglichen Charakter abstreife, und im Grunde zu einer andren Klage werde, indem sie hier ja offenbar auf ein restituere gerichtet sei, und auch kein judicium directum dabei vorkomme, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 187 fgg., Wening §. 311, u. A. m.: so ergibt sich das Irrige dieser Auffassung aus der vorigen Darstellung von selbst. Vielmehr behält auch in diesen Fällen unsre Klage ganz ihre ursprüngliche Natur, und zufällige Umstände führen nur äußere Verschiedenheiten herbei, welche das eigentliche Wesen der Klage gar nicht berühren. Manche gehen freilich noch weiter, und nehmen an, mit der actio ad exhibendum könne auch die Restitution einer Sache erzwungen werden, welche durch Delikt in die Hände Jemandes gekommen ist, so daß man also damit denselben Zweck verfolgen könne, wie mit der condictio furtiva oder ähnlichen Klagen, mit denen sie dann elektiv konkurriren müßte; und man beruft sich dafür hauptsächlich auf l. 7. §. 1. de cond. furt. (13, 1):

> *Ulp.* „Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti, et condictionem, et vindicationem; *habet et ad exhibendum actionem*",

und auf l. 1. §. 6. de vi et vi arm. (43, 16):

> *Ulp.* „Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc [de vi] ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti, vel vi

bonorum raptorum actio competit; *potest et ad exhibendum agi*".

Dieses würde aber augenscheinlich in unvereinbarem Widerspruch mit dem sonstigen Wesen unsrer Klage stehen, und wir sind zu einer solchen Annahme um so weniger genöthigt, da in den angeführten Gesetzen unbedenklich supponirt werden kann, daß der Dieb dolo malo zu besitzen aufgehört hat, und also nur die vorher bei Nr. 2. besprochenen Grundsätze angewendet sind.

---

2) Insbesondere von der Urkunden-Edition. §. 708.

Dig. II. 13, Cod. II. 1. de edendo. — Glück XXII. S. 108 fgg., Unterholzner II. S. 150 fgg., Koch III. S. 126 fgg. — v. Almendingen, über Urkundenedition und Argentarien; in Grolman's Magaz. I. S. 281 fgg. und II. S. 222 fgg., M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelb. 1835.

Anm. Nach römischem Prozeßrechte konnte der Verklagte verlangen, daß der Kläger sogleich bei der editio actionis auch alle Urkunden edire, wodurch derselbe seine Klagfakta zu beweisen gedachte, l. 1. §. 3. h. t.:

Ulp. „Edenda sunt omnia, quae quis apud judicem editurus est; non tamen ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere",

l. 7. fin. C. h. t., und eben so durfte wohl auch unbedenklich der Kläger vom Verklagten verlangen, daß derselbe sogleich bei dem Vorschützen der Exzeptionen die zum Beweise derselben zu gebrauchenden Dokumente produzire. Von dieser Editionspflicht, wornach eine Parthei verbunden sein soll, in continenti diejenigen Urkunden zu produziren, die sie selbst zur Durchführung ihrer Beweise später gebrauchen will, ist h. z. T. keine Rede mehr, da nach dem J. R. A. §. 35. es gänzlich in den freien Willen der Parthei gestellt ist, solche Urkunden der Klage beizufügen oder nicht, und nur in einigen Fällen des summarischen Prozesses ist auch noch jetzt eine rechtliche Nothwendigkeit zu solcher Adjunktion begründet; vgl. auch Glück IV. S. 33 fgg., v. Almendingen a. a. O. S. 293 fgg., Mittermaier a. a. O. S. 4 fgg. S. 60 fgg. Dieser Fall der Editionspflicht soll denn auch in dem Folgenden nicht weiter berührt werden, sondern uns wird hier nur die wesentlich davon verschiedene

Frage beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen Jemand zur Edition solcher Urkunden verpflichtet sei, die ein Andrer zu einer ihm obliegenden Beweisführung gebrauchen will? Hierbei sind aber zwei Hauptfälle zu unterscheiden. Es kann nämlich entweder die Editionspflicht gerade darauf gegründet sein, weil der Besitzer der Urkunde unser Gegner in dem Prozesse ist, in welchem wir die Urkunde gebrauchen wollen, oder die Editionspflicht beruht auf andren, als solchen prozessualischen Gründen.

I. Wenden wir uns zunächst zu dem zweiten Hauptfalle, und stellen uns also die Aufgabe, ganz abgesehen von einem unter den Partheien verhandelten Prozesse, die Gründe der Editionspflicht aufzusuchen, so ist:

1) so viel unzweifelhaft, daß wenn Jemand ein spezielles Recht auf eine Urkunde hat, er die aus diesem Rechte hervorgehende Klage anstellen, und sich dadurch die Urkunde verschaffen kann. Ist er also z. B. Eigenthümer, so stellt er die actio Publiciana oder rei vindicatio, und präparatorisch die actio ad exhibendum an, l. 3. §. 5. de tab. exhib. (43, 5):

> *Ulp.* „Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret, interdictum hoc [de tab. exh.] locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet; *quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est*",

l. 3. §. 14. ad exhib. (10, 4), l. 3. test. quemadm. aperiant. (29, 3), l. 4. 6. C. ad exhib. (3, 42); und als Miteigenthümer kann er sich auch der actio communi dividundo oder familiae herciscundae bedienen, vgl. auch l. 5, l. 8. pr. fam. herc. (10, 2), l. 7. C. h. t. Hat er aber ein kontraktsmäßiges Forderungsrecht auf Herausgabe der Urkunde, so stellt er natürlich die entsprechende Kontraktsklage an, vgl. bes. l. 9. pr. h. t.:

> *Paul.* „Quaedem sunt personae, quas rationes nobis edere oportet, nec tamen a Praetore per hoc Edictum [de argentariis, cf. nr. 2.] compelluntur; veluti quum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a Praetore per metum in factum actionis rationes edere; scilicet quia id consequi possumus per *mandati actionem*. Et quum dolo malo socius negotia gessit, Praetor per hanc clausulam non intervenit; est enim *pro socio actio*. Sed nec tutorem cogit Praetor pupillo edere rationes, sed *judicio tutelae* solet cogi edere",

s. auch l. 8. pr. mandati (17, 1), l. 48, l. 52. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 46. §. 5. de adm. et per tut. (26, 7), l. 1. §. 3. de tut. et rat. distr. (27, 3).

2) Zwei spezielle Bestimmungen über Editionspflicht finden sich in dem prätorischen Edikte. Die eine betrifft die Verpflichtung zur Exhibition eines Testaments (interd. de tabulis exhibendis; vgl. Bd. II. §. 440), die andere aber die Verbindlichkeit der *argentarii*, einem jeden Geschäftsfreunde den ihn betreffenden Theil ihrer Rechnungsbücher vorlegen zu müssen, l. 4. pr. h. t.:

Ulp. „Praetor ait: *Argentariae mensae creditores rationem qaae ad se pertinet, edant adjecto die et consule*".

Ob derjenige, welcher die Edition verlangt, gerade mit dem Argentarius prozessirt, oder mit einem Dritten, ist ganz gleichgiltig, l. 10. pr. h. t., und nur das ist erforderlich, daß der Implorant das juramentum calumniae abschwört, l. 6. §. 2, l. 9. §. 3. h. t. Wird dem richterlichen Befehle keine Folge geleistet, so wird gegen den Argentarius eine actio in factum auf das volle Interesse angestellt, l. 6. §. 4, l. 9. pr. h. t., und zwar wird dieses Interesse stets nach dem Zeitpunkte des die Edition befehlenden richterlichen Dekrets bemessen, l. 8. §. 1. h. t. Uebrigens soll der Regel nach diese Edition nur einmal gefordert werden dürfen, obwohl doch der Richter aus trifftigen Gründen eine Wiederholung der Edition zuzulassen befugt ist, und er auch wohl unter Umständen dem Argentarius das Recht einräumt, seinerseits die Edition der rationes von seinem Geschäftsfreunde zu verlangen, l. 6. §. 8. h. t.:

Ulp. „Praetor ait: *Argentario cive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi jubebo*",

vgl. l. 6. §. 8. 9, l. 7. h. t.

3) Auch über diese beiden speziellen Bestimmungen des prätorischen Edikts hinaus führte wohl die aequitas exhibitionis zu einer *actio in factum*, und zwar namentlich dann, wenn die Urkunde in unsren Angelegenheiten angefertigt ist, l. 3. §. 14. ad exhib. (10, 4), s. oben S. 666, vgl. auch arg. l. 4. §. 1. h. t. „aequum fuit, id, quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi". Dieser Grundsatz darf denn auch unbedenklich auf s. g. gemeinschaftliche Urkunden angewendet werden, denn auch von ihnen ist es wahr, daß sie in unsren Angelegenheiten errichtet worden sind. Wenn aber Viele, und z. B. selbst Mittermaier a. a. O. S. 13 fgg., welcher im Uebrigen ein eifriger Gegner der Editionspflicht ist, behaupten, eine Urkunden-Edition könne, in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über die actio ad exhibendum, auch dann verlangt werden, wenn nur überhaupt ein rechtliches Interesse des Klägers nachweisbar sei: so beruht dies auf einer Verkennung des Wesens der actio ad exhibendum, zu deren Anstellung ja nach den Ausführungen des vorigen §en nicht jedes beliebige rechtliche Interesse genügt, sondern wozu verlangt wird, daß der Kläger

ein spezielles Recht auf die zu erhibirende Sache nachzuweisen im Stande ist. Von einer solchen Annahme hätte auch schon allein die l. 3. §. 14. ad exhib. abhalten sollen, indem hier ja die actio ad exhibendum selbst in dem Falle für unzulässig erklärt wird, wenn die eignen Rechnungen des Klägers auf fremdes Papier geschrieben sind; vgl. auch l. 3. test. quemadm. aperiant. (29, 3):

Gai. „Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum competit, et *ob id* ad exhibendum quoque agere potest".

4) In den Nummern 1—3 sind die Grundsätze des Vorjustinianischen Rechts enthalten. Eine sehr wesentliche Neuerung nahm aber Justinian in einem Gesetze vor, welches jedoch nicht in den uns erhaltenen Theilen der Justinianischen Gesetzsammlung vorkommt, sondern erst von Augustinus und Cujacius aus den Basiliken (XXII. 1. 80.) und der Synops. Basil. VII. 18. (ed. Leunclav. p. 97.) restituirt, und dann als l. 22. C. de fide instrum. (4, 21) in die neuern Ausgaben des Koder aufgenommen ist, vgl. Witte, die leg. restit. S. 180 fgg. Justinian verordnet hier: wie es eine allgemeine Bürgerpflicht sei, Zeugniß abzulegen, so solle auch jeder Besitzer einer Urkunde verpflichtet sein, dieselbe einem jeden Interessenten zu ediren, wenn er nicht beschwören könne, daß ihm selbst durch diese Vorlegung ein Schaden erwachsen werde; nur wer in einem besondren Falle gesetzlich von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses befreit sei, könne auch die Befreiung von dieser Editionspflicht in Anspruch nehmen. — Daß an eine unmittelbare Geltung dieses nicht glossirten Gesetzes nicht gedacht werden kann, versteht sich freilich von selbst, aber nicht Wenige behaupten, die Verordnung müsse dennoch angewendet werden, weil im Grunde Justinian hier nichts Neues eingeführt, sondern nur etwas ausdrücklich ausgesprochen habe, was auch ohne sein Gesetz aus der allgemeinen Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses mit Konsequenz hätte gefolgert werden können. Dieses ist aber gewiß irrig, indem die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses augenscheinlich so wesentlich verschieden ist von einer Verpflichtung zur Edition von Urkunden, daß m. E. durch einen Schluß von dem Einen auf das Andere die Grenzen der Interpretation weit überschritten werden würden; vgl. besonders v. Almendingen a. a. O. I. S. 338 fgg. und II. S. 225 fgg., u. s. auch Glück a. a. O. S. 115 fgg., Mittermaier a. a. O. S. 43 fgg. Theoretisch läßt sich demnach die praktische Geltung der l. 22. cit. gewiß nicht rechtfertigen; daß sich aber, wie oft behauptet wird, eine entschiedene allgemeine Praxis für die Anwendung dieses Gesetzes gebildet habe, scheint mir bei den widerstreitenden Angaben bewährter Schriftsteller wenigstens sehr zweifelhaft.

II. Es ist schon oben angedeutet worden, daß ein besondrer Grund für die Editions-Verbindlichkeit noch darin liegen kann, daß der Besitzer der Urkunde unser Gegner in dem Prozeß ist, in welchem wir die Urkunde gebrauchen wollen. Im Allgemeinen gilt freilich der sehr natürliche Grundsatz, daß keine Parthei der andern Waffen gegen sich selbst in die Hände zu liefern braucht, und also auch nicht schuldig ist, Urkunden zu Gunsten der gegnerischen Parthei zu ediren, wenn nicht einer der bei I. 1—3 angeführten Gründe vorhanden ist („nemo contra se edere tenetur"), vgl. l. 1. 4. C. h. t., l. 7. C. de testib. (4, 20), cap. 1. X. de probat. (2, 19); aber dieser Grundsatz leidet doch einige Ausnahmen, welche hier aufzuführen sind:

1) Nach mehreren Reskripten von Alexander soll der Kläger, welcher eine Geldforderung einklagt, verpflichtet sein, auf Verlangen des Verklagten, seine Rechnungsbücher namentlich auch zu dem Zwecke vorzulegen, um dem Verklagten den Beweis der Zahlung zu erleichtern, l. 5. C. h. t.:

> *Alexander.* „Non est novum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit",

l. 6. eod.:

> *Idem.* „Justum est desiderium ejus, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit",

und l. 8. eod.:

> *Idem.* „Et quae a Divo Antonino patre meo [l. 1. 4. C. h. t.), et quae a me [l. 5. 6. citt.] rescripta sunt, cum juris et aequitatis rationibus congruunt. Nec enim diversa sunt vel discrepantia, quod multum intersit, an ex parte ejus, qui aliquid petit, quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit, quod utique ipsa rei aequitas suadet, an vero ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi, quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari".

Augenscheinlich reden alle drei Reskripte — und weitere gesetzliche Bestimmungen über diese Verbindlichkeit des Klägers gibt es nicht — übereinstimmend nur von der Vorlage von Rechnungsbüchern („rationes", in den Basiliken VII. 18. fr. 18. 19. 21: „λόγοι"), und in dieser Beschränkung läßt sich auch Manches für die hier getroffene Anordnung sagen; vgl. auch Linde, Lehrb. des Proz. §. 279, Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. III. §. 134, Heffter, System des Zivilproz. Rechts §. 252, Wening, Lehrb. §. 311, Mittermaier a. a. O. S. 49 fgg. Daraus hat, aber gewiß gegen Wort und Geist der Gesetze, eine sehr verbreitete Praxis den allgemeinen Satz gebildet, der Kläger sei überhaupt schuldig, alle Urkunden

die in seinen Händen seien, dem Verklagten zum Zweck von dessen Vertheidigung zu ediren; und dieser Satz ist dann sehr häufig wiederum ausgedehnt worden auf den exzipirenden Verklagten, so daß auch dieser zur Edition aller Urkunden verpflichtet sein soll, welche dem Kläger zur Vertheidigung gegen die Exzeptionen dienlich sein möchten. Selbst aber, wenn man jene usuelle Interpretation sich gefallen lassen wollte, so dürfte doch die weitere Uebertragung auf den exzipirenden Verklagten sich schwerlich rechtfertigen lassen, indem ich es für ganz unthunlich halte, den bekannten Satz der l. 1. de except. (44, 1): reus in excipiendo actor est, dessen eigentliche Bedeutung sich offenbar auf die Bestimmung der Beweislast beschränkt, so auszubeuten, daß selbst ganz singuläre, gleichsam *in odium actoris* eingeführte Normen — und als eine solche würde sich unzweifelhaft die angebliche Editionspflicht des Klägers herausstellen — ohne Weiteres auch auf den exzipirenden Verklagten bezogen werden sollten; vgl. auch Glück a. a. O. S. 122 fgg. und die dort Angff.

2) Besonders privilegirt ist der Fiskus. Während nämlich auf der einen Seite Niemand eine Urkunde gegen den Fiskus ediren soll, l. 45 §. 5. de jure fisci (49, 14):

Paul. „Neque instrumenta, neque acta a quoquam adversus fiscum edi oportet",

so soll auf der andren Seite der Fiskus in allen privatrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, er mag als Kläger oder als Verklagter auftreten, von seinem Gegner die Edition aller Urkunden verlangen dürfen, l. 2. §. 2. de jure fisci (49, 14):

Callistrat. „Item Divi fratres ad libellum Cornelii Rufi rescripserunt, toties edenda esse instrumenta, quoties de jure capiendi, vel de jure dominii, vel de aliqua simili re numaria quaeratur, non si de capitali causa agatur",

vgl. l. 2. §. 1. eod., l. 3. h. t. — Die von manchen älteren Praktikern beliebte Ausdehnung dieser fiskalischen Vorrechte auf Kirchen, piae causae, pro matrimonio conservando Streitende u. dgl. bedarf keiner besondren Widerlegung.

3) Endlich soll nach kanonischem Rechte demjenigen, welcher einer usuraria pravitas beschuldigt wird, stets die Verbindlichkeit obliegen, seine Rechnungsbücher vorzulegen, und er soll dazu durch Androhung einer censura ecclesiastica angehalten werden, Clem. 1. §. 1. de usur. (5. 5). Wenn man auch in der Theorie die Anwendbarkeit dieser Bestimmung hat bezweifeln wollen, vgl. bes. Mittermaier a. a. O. S. 38 fgg., so sind doch die dafür angeführten Gründe nicht stichhaltig, vgl. auch Schmidt, Handbuch d. Proz. II. S. 282. Not., und mit größerem Rechte hat sich daher von jeher Doktrin und Praxis für die praktische Geltung jenes Satzes ausgesprochen, nur daß natürlich an die Stelle der censura eccle-

siastica andere Zwangsmittel getreten sind, vgl. auch Glück a. a. O. S. 123.

II. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses. §. 709.

Dig. XXII. 5, Cod. IV. 20. de testibus. — Glück XXII. S. 163 fgg., Koch. III. S. 131 fgg.

III. Verbindlichkeit zur Beerdigung. §. 710.

Dig. XI. 7. de religiosis et sumtib. funer. — Glück XI. S. 412 fgg., Unterholzner II. S. 657 fgg., Koch III. S. 71 fgg.

1. *Ulp.* l. 12. §. 4. h. t.: Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit — —. Sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit, si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos, quosque suo ordine, quo succeduut. Vgl. l. 14. §. 1. eod: — — satius est enim, *de suo* testatorem funerari — —; l. 14. §. 13: *de suo* enim expedit mortuos funerari.

2) *Ulp.* l. 16. h. t.: Aequissimum visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita *de dotibus* funerari, et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris sit, sive maritus. — 3) *Ulp.* et *Paul.* l. 22. 23. h. t.: Celsus scribit, quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et ceteris mulieris bonis pro portione funeranda est, [l. 23.] veluti si in dotem centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferet.

4) *Paul.* l. 21. h. t.: In *patrem*, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

5) *Pompon.* l. 28. h. t.: Quodsi [mulieres] neque heredes habeant, neque pater solvendo sit, *maritum*, in quantum facere potest, pro hoc conveniri, ne injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui.

Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die eingeklammerten arabischen den §, die nicht eingeklammerten arabischen die Seite.

C. s. a. K und Z.

G.

H.

I.

K. s. a. C.

N.

O.

T.

U.

W.

Z.

Verzeichniß
der in diesem Werke ausgezogenen und besprochenen Belegstellen.

Die besprochenen Stellen sind durch einen Stern ausgezeichnet. Die römischen Ziffern verweisen auf den Band, die eingeklammerten arabischen auf den §, die nicht eingeklammerten auf die Seite.

A. Gesetzesstellen.
Institutionen.

Lib. 3.

Digesten.

Lib. 1.

Lib. 2.

Lib. 6.

Lib. 13.

Lib. 14.

Lib. 15.

Lib. 16.

Lib. 17.

Lib. 18.

Lib. 36.

Lib. 6.

Dekretalen Gregors IX. (lib. X).

Lib. 1.

Lib. 2.

Lib. 3.

Lib. 4.